

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS

FACULDADE DE DIREITO

A RAZÃO DE DECIDIR PLURAL NOS INCIDENTES DE FORMAÇÃO CONCENTRADA
DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

FERNANDO DA COSTA CARDOSO MASSOUD

Rio de Janeiro

2017 / 1º SEMESTRE

FERNANDO DA COSTA CARDOSO MASSOUD

A RAZÃO DE DECIDIR PLURAL NOS INCIDENTES DE FORMAÇÃO CONCENTRADA
DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Dr. Marilson Santana.

Rio de Janeiro

2017 / 1º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

M416r Massoud, Fernando
 A Razão de Decidir Plural nos Incidentes de
 Formação Concentrada de Precedentes Obrigatórios /
 Fernando Massoud. -- Rio de Janeiro, 201.
 64 f.

 Orientador: Marilson Santana.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 de Direito, Bacharel em Direito, 201.

 1. Razão de decidir plural. 2. Cortes de
 precedentes. 3. Precedente vinculante. 4.
 Incidentes de formação concentrada de precedentes
 obrigatório. 5. Art. 927 NCP. I. Santana, Marilson,
 orient. II. Título.

CDD: 341.46

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

FERNANDO DA COSTA CARDOSO MASSOUD

A RAZÃO DE DECIDIR PLURAL NOS INCIDENTES DE FORMAÇÃO CONCENTRADA
DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Dr. Marilson Santana.

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____ .

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2017 / 1º SEMESTRE

RESUMO

O Novo Código de Processo Civil trouxe para o Brasil o instituto do precedente vinculante. Neste trabalho será analisado eficácia vinculante da decisão das cortes de precedentes, bem como o instituto da razão de decidir plural, e, por fim, os incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios e sua relação com a razão de decidir plural. A questão é de suma importância e repercute na forma como se dá a distribuição da justiça, motivo pelo qual tem atraído a atenção de muitos estudiosos.

Palavras-chave: Precedentes Vinculantes; Razão de Decidir; Cortes de Precedentes; *ratio decidendi plural*; art. 927, do Novo Código de Processo Civil; Processo Civil.

ABSTRACT

The New Code of Civil Procedure brought to Brazil the institute of binding precedent. In this paper we will analyze the binding effectiveness of the decision of the precedent cuts, as well as the institute of plural decision reason, and finally the incidents of concentrated formation of mandatory precedents and their relation to the plural decision reason. The issue is of the utmost importance and has repercussions on the way in which justice is distributed, which has attracted the attention of many scholars.

Keywords: Binding Precedents; Reason for Deciding; Cuts of Precedents; Ratio decidendi plural; Art. 927, of the New Code of Civil Procedure; Civil lawsuit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1. A eficácia vinculante das decisões das cortes de precedentes	9
1.1. A organização do sistema recursal	9
1.2. O precedente e a reformada função da jurisdição	15
CAPÍTULO 2. A razão de decidir	19
2.1. Precedente e a razão de decidir	19
2.2. A razão de decidir plural	27
2.3. O precedente, a jurisprudência e a súmula	31
CAPÍTULO 3. A razão de decidir plural nos incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios	35
3.1. Litigiosidade de massa e os incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios	35
3.2. Os incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios	39
3.3. (In) Constitucionalidade do art. 927 do novo código de processo civil	45
3.4. A razão de decidir plural nos incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios	54
CONCLUSÃO	59
4. Referências Bibliográficas.....	53

INTRODUÇÃO

Desde longa data há preocupação com a efetividade e celeridade processuais. Tão importantes são esses princípios que possuem eficácia de direito fundamental, expressamente previstos na Constituição Federal. A mera previsão desses princípios na Constituição, contudo, não os efetiva. Dessa forma, mostra-se necessário que o Poder Judiciário adote ações condizentes com esses princípios para que pacifique os conflitos sociais em graus minimamente satisfatórios. E nesse ponto foram empreendidas diversas técnicas processuais que visam atender aos princípios da celeridade e efetividade processuais, refletindo, por conseguinte, na pacificação eficaz dos conflitos sociais, razão de ser do Poder Judiciário.

E merece reconhecimento o êxito, em alguma medida, dos esforços que o Poder Judiciário realizou, mormente após a criação do Conselho Nacional de Justiça. Foram inúmeros projetos que buscaram dar maior efetividade à atividade jurisdicional. Passou-se a estipular metas para os magistrados, as quais não cumpridas repercutem no impedimento de promoções, bem como na perda de bônus de natureza pecuniária e, dependendo da gravidade de improdutividade do juiz, abre-se procedimento administrativo podendo acarretar sanções disciplinares. Dos constantes estudos realizados foram criadas varas especializadas em determinada matéria, como as varas de infância, juventude e do idoso, bem como as especializadas em violência contra a mulher, hipóteses nas quais se obteve considerável efetividade na prestação jurisdicional. Também merecem menção as ações coletivas, os incidentes de uniformização de jurisprudência, as súmulas vinculantes, bem como o instituto da reclamação, que oportunamente serão melhor explorados.

Entretanto, o aumento da produtividade do Poder Judiciário, aliado a técnicas de demandas de massas, por si sós, não foram satisfatoriamente efetivos, pois, embora se perceba o aumento da produtividade, os conflitos sociais também aumentaram, e de forma exponencial. Esse aumento dos conflitos sociais tem como causas cidadãos melhor informados sobre seus direitos, a acentuada proliferação do mercado consumidor, a inércia do Poder Executivo em empreender medidas que coíbam as grandes empresas de perpetuarem lesão a direitos, dentre outros.

Nesse diapasão, o Novo Código de Processo Civil, aprimorando técnicas já conhecidas como o incidente de uniformização de jurisprudência, trouxe para o Brasil a figura do precedente vinculante, consoante art. 927 do referido código. É questão polêmica, pois, à toda evidência, é tentativa de trazer técnica do *common law* para um sistema dito *civil law*. Importante, então, conhecer o que vincula em um precedente a partir da teoria do *common law*, mais precisamente a *ratio decidendi* ou, como preferimos, a razão de decidir.

Dentre os incidentes que visam a criação de precedentes vinculantes, é de frutífera produção acadêmica o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), componente do microssistema de produção concentrada de precedentes obrigatórios. Há um sem número de dissertações de mestrado e doutorado sobre o IRDR, seu histórico, seu

procedimento, sua eficácia e, como de costume nesses tipos de trabalho, diversas críticas ao sistema.

O objeto deste estudo repousa não no incidente de resolução de demandas repetitivas, mas no microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios e sua eficácia vinculante. E, nesse ponto, de que forma a razão de decidir plural - de intensos debates nos sistemas do *common law* - repercute nesse microssistema.

Para tanto, organizou-se o trabalho sobre três prismas. Num primeiro momento, relata-se a organização do Poder Judiciário brasileiro. Investiga-se, a partir da disposição dos órgãos judiciários e dos princípios constitucionais da isonomia, da expectativa legítima e da segurança jurídica, se há vinculação das decisões das chamadas cortes de precedentes¹.

Num segundo momento, adentra-se, sucintamente, na teoria da razão de decidir a fim de identificar o que, de fato, vincula-se nessas decisões de observância obrigatória; e, de suma importância para a evolução do trabalho, o que seria razão de decidir plural e suas consequências na formação do precedente vinculante.

Como último prisma, debate-se eventual (in) constitucionalidade do art. 927 do Novo Código de Processo Civil, bem como expõe-se o microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios². Quanto a este último, a sua eficácia vinculante e sua relação com a razão de decidir plural.

Resumidamente, os três prismas, cada qual em seu capítulo, visam a responder três questionamentos: (a) se as decisões das cortes superiores vinculam e, se vinculam, quando vinculam (sempre?) e o que nessas decisões vincula (o dispositivo?); (b) como repercutem na eficácia vinculante do precedente obrigatório a razão de decidir e a razão de decidir plural; (c) e, por fim, se as decisões dos incidentes de formação concentrada de precedentes vinculam (?), quando vinculam (?) e a sua relação com a razão de decidir plural.

¹ Para fins desse trabalho utiliza-se a nomenclatura de Luiz Guilherme Marinoni que entende por corte de precedentes os tribunais superiores e supremo.

² Os incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios são formados pelos recursos especial e extraordinário repetitivo, pelo IRDR e pelo incidente de assunção de competência.

CAPÍTULO 1

EFICÁCIA VINCULANTE DAS DECISÕES DAS CORTES DE PRECEDENTES

1.1 A organização do sistema recursal

Neste tópico pretendemos situar dentro de toda a estrutura de solução de conflitos brasileira o lugar da jurisdição. São feitos comentários sobre os meios autocompositivos, passando arbitragem, até chegar na solução dos conflitos por meio do exercício da jurisdição. Feito isso, relata-se a função primordial (do ponto de vista da organização judiciário enquanto poder) de cada grau de jurisdição, bem como a estrutura recursal brasileira, analisando, ainda, se nessa estrutura há alguma lógica.

Cumprido ao Poder Judiciário, enquanto poder da república, a composição heterônoma dos conflitos sociais, individuais ou coletivos, por intermédio da jurisdição, resguardando-se o Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais e os valores constitucionais - sem os quais a república não se perfaz - e com força de definitividade. Esta é a função típica do Poder Judiciário que, resumidamente, definida por Dirley da Cunha e Marcelo Novelino, é “o meio pelo qual o Estado aplica o direito aos casos concretos, de maneira imparcial e mediante o devido processo legal, substituindo a vontade das partes na solução das controvérsias.”³.

A jurisdição, contudo, não é a única forma de resolver conflitos. Há outras formas de tutela dos direitos, as quais a doutrina chama de equivalentes jurisdicionais. São formas de compor os conflitos a autotutela e a autocomposição. Esta, é a solução do conflito por mútuo consentimento, de que são exemplos a transação e a renúncia, dentre outros; já aquela, é a imposição da solução do conflito por uma das partes⁴, nas palavras de Fredie Didier Jr. “é a solução egoísta e parcial do litígio”⁵, onde “o juiz da causa é uma das partes”⁶.

O novo Código de Processo Civil incentiva a utilização dos meios processuais e extraprocessuais autocompositivos de solução de conflitos. Há títulos inteiros sobre mediação e conciliação. Há também a obrigatoriedade pelo magistrado de propor a tentativa conciliatória da lide, assim como a existência da instituição, pelos tribunais, dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC, dentre outros.

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. Constituição federal: para concursos. 7. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. P. 543.

⁴ Esse tipo de solução dos conflitos é, em regra, vedado pelos ordenamentos jurídicos. No Brasil, configura crime de exercício arbitrário das próprias razões, quando utilizada por particular, e abuso de poder quando pelo Estado. Não obstante essa vedação, o ordenamento, em poucos casos, permite que seja utilizada. São casos de autotutela permitida decorrente da legítima defesa, do exercício de greve, do estado de necessidade, entre outros.

⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podvim. 2016. V. 1. p. 166.

⁶ Ibid., p. 167.

Em que pese a regência do novo ordenamento por um princípio de conciliação geral que permeia todo o sistema processual civil, haverá, ainda, casos em que a solução autocompositiva não se demonstrará viável, hipótese na qual a relação processual jurídica será submetida a meios heterônomos de solução impositiva de conflitos, quais sejam a arbitragem e a jurisdição estatal.

A arbitragem ainda tem, no Brasil, uso mitigado, apenas setores bem específicos da sociedade se utilizam dessa forma de heterocomposição, como a lide entre empresas ou matérias que envolvam contratos internacionais. Em realidade, a arbitragem não é utilizada para o público em geral, pois é consideravelmente onerosa e carece de confiança na imparcialidade dos árbitros. Desta forma, a maior parte das lides que não puderem ser resolvidas de forma autocompositiva, recairão no poder judiciário. É o judiciário, então, conforme alerta Gilmar Mendes, a “última ratio da solução dos litígios”⁷.

Com isso, temos que ao Poder Judiciário, mas não somente a ele, incumbe principalmente – porque o faz de forma definitiva –, a solução dos conflitos. Esta é, à toda evidência, a visão que o próprio Poder Judiciário, por meio da sua estratégia institucional, reconhece. Diz o anexo da resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 198, de 1º de Julho de 2014, a qual dispõe sobre o planejamento e a gestão estratégica no âmbito do Poder Judiciário, que a Visão do Poder Judiciário é “ser reconhecido pela sociedade como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social.”. Para atingir essa visão descreve que é necessário ter “credibilidade e ser reconhecido como um Poder célere, acessível, responsável, imparcial, efetivo e justo, que busca o ideal democrático e promove a paz social, garantindo o exercício pleno dos direitos de cidadania”.

Resumidamente, o Poder Judiciário é um poder da república que, por meio da jurisdição e garantindo a imparcialidade, a efetividade, a justiça, a equidade, consubstanciando um ideal democrático republicano – isto é, com observância aos direitos e garantias constitucionalmente assegurados – promoverá, responsavelmente, a solução dos conflitos sociais.

Dito isso, é importante analisar como se dá a distribuição da jurisdição que, embora una, é repartida em competências constitucionalmente concedidas aos diversos órgãos do Poder Judiciário. E ao final deste capítulo, concluir se a distribuição da justiça como é feita hoje, de fato, pertine a um ideal democrático republicano pautado nos direitos e garantias constitucionalmente assegurados, e se promove, responsavelmente, a paz social.

Os órgãos do judiciário⁸ podem ser classificados de diversas formas, a depender da função que é analisada. A jurisdição, do ponto de vista da sua divisão em competências, pode ser classificada em comum e especial. Esta última sendo aquela atinente a órgãos judiciários

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 894.

⁸ O art. 92 da CRFB, dispõe que são órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; e VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

especializados, como a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar; aquela, por sua vez, concernente aos tribunais de justiça. Essas competências podem, ainda, ser divididas em jurisdição comum e especial, federais e estaduais. Enquanto que aos Tribunais Federais, divididos territorialmente em 5 regiões, compete a jurisdição comum federal, aos Tribunais de Justiça Estaduais, um por cada Estado da federação, compete a jurisdição comum estadual⁹. A justiça especializada, por sua vez, é federal em sua maioria, mas também pode ser estadual. São órgãos jurisdicionais especializados federais a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar. São órgãos da justiça especial estadual os tribunais de justiça militares estaduais, os quais, embora não existam em grande maioria dos estados da federação, a Constituição Federal os prevê em seu art. 123, § 3º.

O sistema de escalonamento da jurisdição brasileira prevê várias instâncias de julgamento. Há o primeiro grau de jurisdição, composto pelo juiz de direito ou tribunal¹⁰, conforme o caso, a quem compete processar e julgar os processos originariamente. Salvo as exceções previstas na Constituição e no regimento interno dos tribunais¹¹, as questões serão processadas e julgadas por um juiz singular, em exercício de vara. A decisão prolatada por órgão judiciário de primeira instância – poderá ser juiz singular ou tribunal, conforme o caso -, enquanto órgão do Poder Judiciário, visa a finalidade de solucionar os conflitos, declarando o direito aplicável ao caso.

Tendo por base o magistrado titular de serventia judicial, de sua decisão unipessoal de primeira instância, caberá recurso ao Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional, conforme trate-se de competência estadual ou federal. Essa primeira instância, que ressaltado não ser necessariamente exercida por juiz de direito – mas normalmente o é - tem como incumbência o conhecimento primitivo da matéria fática e de direito, visando a solução da demanda preferencialmente de forma conciliatória, a qual, sendo infrutífera, resultará em prolação de decisão que resolverá o mérito com a aplicação do direito. Essa instância que conhece a matéria fática e de direito por primeiro é conveniente, para os fins desse trabalho, designá-la como instância de conhecimento.

As decisões prolatadas pela instância de conhecimento correspondem às sentenças quando proferidas por juiz de direito e aos acórdãos quando realizadas por órgão colegiado em matéria de sua competência originária. Tanto de uma como de outra caberá recurso, em observância ao princípio do duplo grau de jurisdição. Esse princípio, sem adentrar na discussão a respeito do seu patamar constitucional, tem como causa a falibilidade dos magistrados enquanto seres humanos, o que pode acarretar decisões equivocadas ou injustas, pautadas num juízo de mérito errôneo. Desta forma, o exercício da prestação jurisdicional é passível de

⁹ Diz a doutrina que a jurisdição comum estadual é subsidiária ou residual, quer dizer, competirá à justiça estadual a competência que não couber às demais justiças.

¹⁰ A Constituição Federal prevê, quando trata da competência dos órgãos do Poder Judiciário, determinadas questões que, em razão da matéria ou da pessoa, deverão ser julgadas logo de início pelos Tribunais, inclusive pelos tribunais superiores. A essa competência de julgar como primeiro grau de jurisdição se dá o nome de competência originária, isto é, cabe a esses tribunais, originariamente, julgar a questão. É o que ocorre, por exemplo, com o julgamento dos crimes comuns de governadores, cuja competência originária é do Superior Tribunal de Justiça, consoante dispõe o art. 105., I, a, da Constituição Federal.

¹¹ O regimento interno dos tribunais ou os códigos de organização e divisão judiciária podem, quando autorizado por lei, dispor que órgão dentro da estrutura do tribunal processará e julgará originária as questões de sua competência, como os incidentes de assunção de competência.

cometimento de erros que não se coadunam com o papel primordial da jurisdição de construir uma ordem social justa. Nesse ponto é que atua o princípio do duplo grau de jurisdição visando garantir, em alguma medida, uma melhor solução para os litígios, mediante o exame de cada caso por órgãos judiciais diferentes, mitigando eventual desacerto das decisões de uma única instância. Pode-se dizer, portanto, que os órgãos que julgam a questão em segunda instância se prestam a conformar a decisão de primeira - instância de conhecimento, dizemos – com o direito. Com efeito, incumbe às cortes de segunda instância o controle das decisões da instância de conhecimento, motivo pelo qual podem ser classificadas como cortes (ou instâncias) de controle ou conformidade das decisões originárias com o direito.

Essa decisão do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional se aperfeiçoa no acórdão, o qual configura a decisão do segundo grau de jurisdição. Esse acórdão poderá ser objeto de recurso ao Tribunal Superior, quando ofender legislação infraconstitucional, ou ao Supremo Tribunal Federal quando ofender a Constituição Federal. É óbvio, por conseguinte, que a decisão de Tribunal Superior também poderá ser objeto de recurso ao tribunal supremo na eventualidade de ofender a Constituição.

As cortes superiores e o Supremo Tribunal Federal têm a incumbência de atribuir unidade e sentido ao direito por meio de suas decisões, o que, nas palavras de Marinoni, consubstancia-se na “definição do sentido adequado do texto legal diante de determinadas circunstâncias de fato num determinado momento histórico”. É assim que as cortes superiores e o supremo, cada qual na sua competência, conformam o exercício da jurisdição ao Direito enquanto unidade normativa. Essa função de atribuir sentido e unidade ao Direito por meio das decisões dessas cortes se dá através da formação de precedentes¹². Por meio deles essas cortes enunciam dado direito em determinada época. Assim, pode-se dizer, na perspicaz expressão de Marinoni, que são cortes de precedentes.

Não é qualquer questão que será submetida ao crivo das cortes de precedentes, mas tão somente aquela questão de direito, e somente de direito, que possui aptidão de causar grande controvérsia no âmago da jurisdição, gerando prejuízo aos princípios da segurança jurídica, da equidade e da confiança legítima. As questões fáticas não são analisadas pelas cortes supremas, conforme entendimentos fixados nas súmulas 279 do STF¹³, 7 do STJ¹⁴ e 126 do TST¹⁵, o que reforça a sua função de atribuir unidade e sentido ao Direito.

Sinteticamente, temos que ao juízo primitivo (primeiro grau de jurisdição) compete conhecer as questões de fato e de direito e as resolver conforme o ordenamento jurídico, por isso instância de conhecimento; aos Tribunais de Justiça e Regionais (segundo grau de jurisdição) compete rever as decisões do juízo primitivo, analisando tanto as matérias fáticas quanto as de direito, controlando eventual desacerto dessas decisões, por isso cortes de revisão;

¹² O conceito de precedente e suas nuances será explorado no decorrer do trabalho.

¹³ Súmula 279 STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

¹⁴ Súmula 7 STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

¹⁵ Súmula 126 TST: Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas.

e, finalmente, às cortes superiores e ao Supremo incumbe atribuir unidade e sentido ao Direito, o que fazem por meio de seus precedentes, por isso corte de precedentes.

Partindo dessa classificação podemos chegar a uma conclusão lógica de que existiria hierarquia entre os graus de jurisdição e que determinada decisão proferida pelas cortes superiores e suprema guardaria em si eficácia impositiva de aplicação nas decisões dos juízos inferiores. Mesmo porque é, no mínimo, estranho pensar o contrário.

O art. 5º da CFRB, que trata dos direitos e garantias fundamentais da República, enuncia já no seu caput que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza ...”. É o princípio da isonomia. Ele tem pelo menos duas vertentes. Uma é a chamada igualdade formal, que se traduz na afirmação de que todos são iguais perante a lei, trata-se de uma orientação geral que impede tratamentos desiguais para sujeitos iguais; a outra vertente é a chamada igualdade material, onde havendo circunstâncias desiguais que gerem sujeitos em situação de desigualdade devem ser tratados desigualmente na medida da sua desigualdade.

Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. (...) Não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Constituição da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. (...) Justiça social hoje, mais do que simplesmente retribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se em benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

[ADPF 186, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 26-4-2012, P, DJE de 20-10-2014.]

É um princípio que está intimamente ligado ao Estado Democrático de Direito, até mesmo se confundindo com o mesmo. Trata-se de um direito custosamente construído durante séculos. Como bem retrata Daniel Sarmento:

“A primeira fase, inaugurada com a consagração da igualdade pelas declarações de direitos, coincide com o surgimento do constitucionalismo clássico e com a instauração do Estado Liberal-Burguês. No Antigo Regime, por não serem as pessoas concebidas como iguais, os direitos e deveres dos indivíduos eram decorrentes do grupo social ao qual pertenciam e não de sua natureza humana. Coube às revoluções liberais, ocorridas nos fins do século XVIII, extirpar os privilégios de origem

estamental e afirmar a igualdade de todos perante a lei que, por sua generalidade e abstração, converteu-se no símbolo maior desta nova conquista.¹⁶”.

Nessa fase, como se observa na explicação do professor Sarmiento, o princípio da isonomia atuava apenas na sua feição formal. A concepção formal de igualdade, embora tenha significado um avanço importante, mostrou-se incompleta e insuficiente. O princípio da isonomia, na sua feição material, vem com o advento do Estado Constitucional Social.

Um princípio de construção mais recente, mas igualmente importante para entender a hierarquia das decisões é o princípio da confiança legítima. O princípio da confiança legítima decorre diretamente da ideia de Estado Democrático de Direito e possui fundamental papel orientador do comportamento estatal. Para que haja harmonia e paz social em grau que possibilite a convivência em sociedade é necessário que exista segurança e, para que haja segurança há que existir por primeiro confiança nas relações. A ausência de confiança conduz o ser humano a um estado de dúvida, medo e perturbação que pode levá-lo, por simples instinto de sobrevivência, à prática de atos de extrema agressividade. Isso porque a ausência de confiança gera um estado de incerteza que impede a paz interna dando lugar a um estado de pânico. Estado esse que se disseminado no meio coletivo pode gerar um verdadeiro caos social. Por outro lado, um ambiente no qual haja uma previsibilidade dos comportamentos, com a certeza mínima do limite de ação de cada um, dá ao indivíduo uma sensação de segurança que gera paz interna. Paz essa que nada mais é do que o resultado da existência de confiança.

E, por fim, o princípio da segurança jurídica. Este está intimamente ligado à certeza do direito, isto é, espera-se que questões que vem sendo julgadas de determinada maneira continuem assim, a menos que haja suficiente motivo para mudança. É um princípio que interessa aos que atuam de boa-fé, trabalha com aqueles que pautam a sua vida com respeito ao direito alheio.

Tendo como base esses três princípios é que o sistema de distribuição de jurisdição se perfaz em algo substancial e lógico, dando forma às relações jurídicas que ocorrem normalmente na sociedade, devendo as mesmas pautarem-se sempre na boa-fé.

Em que pese a logicidade que advém da estrutura recursal brasileira, o resultado dela não é coerente. É comum a ocorrência de inconsistências normativas praticadas pelas instâncias de conhecimento e cortes de revisão que, ao aplicarem determinada resolução a questões que lhes são postas sob análise, inobservam as decisões proferidas pelas cortes superiores e suprema.

Proliferam-se, dessa forma, decisões as mais díspares possíveis para questões iguais. Não obstante o princípio da isonomia, da confiança legítima e da segurança jurídica trabalharem em prol de um sistema jurídico uno, cujos órgãos deveriam ter o dever de atuar de forma uníssona, é comum a mesma questão de direito num mesmo momento histórico ser resolvida por um

¹⁶ SARMENTO, Daniel; DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira . Direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2014. p. 89.

juízo de uma forma e o juízo vizinho dar a ela solução contraditória. Tal incoerência não é característica exclusiva dos juízos de conhecimento, as cortes de revisão pecam tanto ou mais. Enquanto, em alguma medida, os juízos de conhecimento cumprem o seu papel, que é o de conhecer a questão primitivamente, as cortes de revisão que deverão controlar o acerto da decisão não o fazem.

Normalmente se argumenta que caso as decisões das cortes superiores e suprema tivessem de ser observadas, haveria violação ao princípio da independência dos juízes. É como chama atenção Marinoni:

“É como se fosse imprescindível ao juiz, para ser independente, poder atribuir significado à lei, pouco importando se a corte encarregada de estabelecer o significado já tenha fixado o seu sentido. Sustenta-se, em outros termos, que o juiz apenas é independente quando tem o poder para decidir de forma diferente das Cortes Supremas, ainda que, com isso, o Judiciário termine por dar tratamento desigual a casos iguais.¹⁷”.

Essa teimosia do Poder Judiciário em não atuar de forma uníssona, resguardando o princípio da isonomia substancial, da confiança legítima e da segurança jurídica atua contrariamente a sua função primordial, qual seja, de pacificar os conflitos sociais. A insegurança jurídica generalizada presta grandes serviços àqueles que agem de má fé, cientes de que o judiciário não trata casos iguais de forma igual podem atuar com consideráveis margens de ganho.

Assim, em decorrência da forma como é distribuída a jurisdição, mormente no que pertine a não observância das decisões das cortes superiores e suprema pelos juízos inferiores, o Poder Judiciário falha enquanto solucionador eficaz dos conflitos sociais. Em realidade, incentiva a propagação de lesões a direitos, visto que o tratamento de casos iguais de formas diferentes abre margem para que as relações jurídicas postas sob análise do judiciário sejam objetos de avaliação empresarial do custo-benefício do lucro proveniente de eventual lesão e as variadas respostas do judiciário.

Exposta a função dos órgãos jurisdicionais e a lógica que advém da análise em conjunto dessas funções, passa-se a falar sobre o precedente.

1.2 O precedente e a reformada função da jurisdição

Neste tópico abordamos a evolução da jurisdição do ponto de vista dos precedentes para chegar à conclusão de que é por meio deles que função do Poder Judiciário de dar forma e unidade ao direito, enquanto sistema bem engendrado, mostra-se eficaz.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 150.

Embora a questão da fixação de teses pela jurisprudência em ordenamentos jurídicos do chamado *civil law* seja algo mais ligado com o fenômeno da judicialização de massa, hipótese na qual se faz mister que os tribunais demonstrem o seu entendimento jurisprudencial, no Brasil, o instituto das súmulas¹⁸, como forma de externalização do entendimento da corte, já é registrado desde o descobrimento do país, passando pela promulgação da constituição de 1891, onde vigorou o instituto das *fuzanãs y alvedrios*, posteriormente convertidos nos assentos da casa de suplicação, então adotados em Portugal, e por esses trazidos ao Brasil¹⁹.

À época, como não se vislumbrava vigorar no Brasil o princípio da inafastabilidade da jurisdição a todos, como atualmente encartado na Constituição Federal, no art. 5º, XXXV, o direito de ação era facultado a poucos, mais precisamente àqueles que detinham algum poder econômico ou social relevante o suficiente importar à monarquia portuguesa.

Como consequência de um Poder Judiciário instituído tão somente para garantir os interesses da coroa, a edição de enunciados era escassa e, por óbvio, destoadada da realidade social da então colônia portuguesa, sendo os referidos enunciados tão somente aplicados ao Brasil como se este fosse extensão do território português.

Ainda assim, sem ignorar a crítica que se faça quanto a legitimidade desses enunciados, pode-se dizer que há registros, ainda que somente do ponto de vista formal, de entendimentos jurisprudenciais que deviam ser observados pelos órgãos do poder judiciário localizados no Brasil, permanecendo essas pretéritas “súmulas” em vigor no Brasil até instituição de Estado constitucional pré-república de 1891.

Não obstante seja límpido que a edição de entendimentos de jurisprudência sedimentados engendrados em Portugal incidisse em território brasileiro, conforme acima exposto, é salutar demonstrar que a finalidade destes era diametralmente oposta à que atualmente se impõe.

Ultrapassada essa fase nefasta da história brasileira, adentrando o Estado brasileiro na era do constitucionalismo²⁰, absorvem os poderes novas acepções com atualizadas, ou melhor, reformadas funções. A partir desse momento, os poderes se orientam tendo como fim o interesse público.

¹⁸ Segundo o Supremo Tribunal federal, súmula é o verbete editado pelos Tribunais, apoiado em reiteradas decisões sobre matéria objeto de análise, que tem efeito de orientar os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

¹⁹ JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. Revista dos Tribunais, no 838, agosto de 2005, p. 189.

²⁰ Nas palavras de Canotilho, Constitucionalismo é como se denomina o movimento social, político e jurídico e até mesmo ideológico, a partir do qual emergem as constituições nacionais. Em termos genéricos e supranacionais, constitui-se parte do estabelecimento de normas fundamentais de um ordenamento jurídico de um Estado, localizadas no topo da pirâmide normativa, ou seja, sua constituição. Seu estudo implica, deste modo, uma análise concomitante do que seja constituição com suas formas e objetivos. O constitucionalismo moderno, na magistral síntese de Canotilho "é uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos".

Nesse sentido, o Poder Judiciário de hoje é um poder filosoficamente construído tendo como base os direitos humanos e visa, concomitantemente como contraponto aos demais poderes²¹, assegurar que a instituição do Estado observe e respeite os fundamentais, mormente os de 1ª dimensão.

Essa dimensão dos direitos fundamentais se perfaz em ato negativo estatal, exige-se uma abstenção do Estado. São direitos fundamentais ligados aos valores de liberdade, constituem a base civilizatória primordial de um Estado Democrático de direito²². É claro que não se pretende dizer que um Estado para ser considerado como Estado Democrático de Direito precise observar e respeitar tão somente esses direitos fundamentais de 1ª dimensão, mas que sem a sua observância as demais dimensões dos direitos fundamentais restam prejudicadas e se manifesta como causa obstativa da formação do cidadão e, por conseguinte, do Estado Democrático de Direito.

O conceito de cidadão está ligado na sua essência ao poder que tem as pessoas de determinada nação de influir na vida política do país. No Brasil isso se dá, indiretamente, através do pleito eleitoral ou, diretamente, por meio dos remédios constitucionais plebiscito, referendo e iniciativa popular, consoante o art. 14 da Constituição Federal que inaugura o capítulo dos direitos políticos.

“Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.”.

Assim, tem-se que ao Poder Judiciário não incumbe apenas a pacificação social como tradicionalmente se dizia. Agora, não pode o judiciário se manter inerte aos ditames constitucionais, deve, antes de mais nada, dar força normativa à constituição, garantindo que os demais poderes a observem na exata medida que a carta constitucional lhe impõe.

Dessarte, tendo o Poder Judiciário uma função tão importante e cara aos cidadãos de uma nação, que é externada por meio de suas decisões, é cabal que os tribunais superiores, por intermédio dos enunciados sumulares, teses de jurisprudência e acórdãos de julgamento, demonstrem aos julgadores subalternos, aos demais poderes, bem como à sociedade, a forma com que interpreta os atos normativos.

Tais enunciados são representação da jurisprudência dos tribunais e denotam como o Poder Judiciário deve decidir diante de situação fática similar. Isso visa assegurar, além da

²¹ Como representação do princípio da separação de poderes que oriunda da Antiga Grécia.

²² NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Método, 2009, 3 ed., 362/364.

segurança jurídica, a aplicação dos princípios constitucionais da isonomia substancial e da confiança legítima.

Nesse diapasão, é que exsurge a eficácia vinculante das decisões das cortes superiores e suprema. Não há mais espaço para, admitindo-se haver eficácia normativa das normas constitucionais, permitir que se profiram decisões dissonantes das daquelas prolatadas pelas cortes de precedentes. Vejamos, a Constituição Federal cometeu a essas cortes a competência de dar unidade ao Direito, fazendo-o coerente e estável²³. Não se quer, portanto, que em um Estado Democrático de Direito os órgãos que representam a “*ultima ratio*”²⁴ da solução dos conflitos realizem sua função típica descumprindo os princípios da isonomia, da expectativa legítima e da segurança jurídica, normas fundantes de qualquer Estado Democrático de Direito²⁵.

Contudo, é claro que não é qualquer decisão das cortes superiores e suprema que vinculam os demais órgãos do judiciário, pois não é qualquer decisão dessas cortes que se prestam a atribuir unidade e sentido ao direito. A vinculação está estritamente ligada à atuação dessas cortes enquanto cortes de precedentes, cuja finalidade precípua é dar forma, unidade, sentido e estabilidade ao Direito. Diz Marinoni, citando Maria Rosaria Ferrarese, que “a Corte assume a função de atribuir sentido ao direito quando se admite que o Judiciário trabalha ao lado do Legislativo para frutificação do direito.”²⁶.

Sucintamente, as decisões dessas Cortes atuam em duas dimensões. Uma referente a resolução da questão que lhes é posta para julgamento, cuja vinculação – que sempre ocorrerá – às partes litigantes se fará por meio da coisa julgada, logo, é o exercício da jurisdição propriamente dita, com observância dos limites objetivos da demanda. Interessa às partes mais a conclusão do julgamento (dispositivo) que propriamente a interpretação realizada. Outra dimensão concerne à unidade, sentido e frutificação do direito. A vinculação decorre da formação do precedente – que nem sempre será vinculante – e se destina a todos os órgãos do judiciário, que deverão observá-los nas causas que se lhe apresentem. Interessa mais como ocorreu a aplicação da norma que propriamente a conclusão que dali provém. Interessa, então, a fundamentação da decisão, e não o dispositivo. Indo além, da fundamentação o que de fato interessa, é a razão de decidir (*ratio decidendi*) que a corte utilizou para resolver a questão. Isso é o que obriga, enquanto um sistema de precedentes vinculantes.

Desta forma, é imprescindível compreender a *ratio decidendi*, instituto de ocorrência mais rotineira no *commom law*, mas de constante aproximação do *civil law*. O próximo capítulo, consequentemente, visa a explicação do *ratio decidendi*, suas principais nuances, e a ocorrência do fenômeno da *ratio decidendi* plural ou, como preferimos, razão de decidir plural.

²³ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 80.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 894.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 150.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamentos nas cortes supremas. São Paulo: RT. 2015. Pág. 18.

CAPÍTULO 2

A RAZÃO DE DECIDIR

2.1 Precedente e razão de decidir

O conceito de decisão judicial passou por mudanças no decorrer dos anos. Tradicionalmente, tinha-se que decisão judicial possuía como finalidade a declaração da vontade da lei. Dizia-se – com clara incoerência - que o juiz era a boca da lei. Essa interpretação restrita dada à função jurisdicional era pautada no princípio da supremacia da lei, condizente com valores de um Estado liberal, que não via com bons olhos uma atuação mais proativa do Poder Judiciário.

Contudo, com a emergência do neoconstitucionalismo, mormente o princípio da força normativa da constituição²⁷, tal entendimento restou ultrapassado, vez que atualmente se infirma que o conteúdo da decisão do julgador é criativo. Dito de outra forma, o órgão julgador não mais se circunscreve a subsumir a “vontade” da lei ao caso concreto, exige-se do magistrado uma postura consentânea com as disposições, normas e princípios constitucionais, dando à norma legal interpretação conforme ao bloco de constitucionalidade.

Nas palavras de Marinoni,

“Se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle de constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto.”²⁸

O julgador moderno, então, não deixou de interpretar a lei e enuncia-la, mas agora vai além, amolda ela aos princípios constitucionais que regem o Estado Democrático de Direito brasileiro, bem como à noção de fins sociais e a exigência do bem comum.

A fim de afastar qualquer dúvida quanto ao atualizado conceito jurídico de decisão, o NCPC, quando da orientação da função jurisdicional, informa no que seu art. 8º que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

²⁷ A força normativa da Constituição refere-se à efetividade plena das normas contidas na Carta Magna de um Estado. Tal princípio foi vislumbrado por Konrad Hesse, que afirmava que toda norma Constitucional deve ser revestida de um mínimo de eficácia.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 130

Tendo como base esse novo conceito de decisão, o órgão julgador analisando o caso concreto vai selecionar dentre todas as normas jurídicas²⁹ existentes no ordenamento jurídico a que se submete àquela, ou àquelas, que se projetam sobre o caso concreto. Desta análise poderá acarretar a incidência de regras contraditórias e princípios colidentes, o que a doutrina introdutória do estudo do direito costuma chamar de conflito aparente de normas.

Neste trabalho não compete explicar como o julgador irá resolver essa questão, mas onde, na decisão, ele as resolverá.

Neste sentido, é na fundamentação que o julgador demonstrará como e o porquê de ser o caso de incidência ou não de determinada norma jurídica.

Não obstante vigore no judiciário alguma resistência quanto a necessidade da fundamentação, esse instituto jurídico é tão importante que foi erigido ao patamar de norma constitucional, cuja inobservância acarretará nulidade da decisão³⁰.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

...

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Não bastasse norma constitucional que determina a fundamentação, o NCPC especifica os casos em que se considerará a decisão não fundamentada.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

...

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

²⁹ A expressão norma jurídica comporta não somente as regras propriamente ditas, mas também os princípios, sejam eles explícitos ou implícitos.

³⁰ A necessidade de fundamentação da decisão tem de um lado objetivo informar como as decisões se impõem, bem como de outro lado como fonte de fiscalização da atividade jurisdicional pelos cidadãos.

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Com efeito, a partir da fundamentação substancial é que chegamos à razão de decidir, e, conseqüentemente ao precedente. De acordo com Edward Allan Farnsworth, “o uso do precedente é mais uma técnica do que uma ciência. É tão difícil aprendê-lo por meio da leitura de uma discussão da doutrina quanto o é aprender andar de bicicleta através do estudo de um livro sobre mecânica, acrescendo que o assunto é muito mais controverso.”³¹

Se em ordenamentos jurídicos acostumados há séculos com debate sobre a natureza do precedente não se chegou a consenso sobre ele, não podemos no Brasil, com responsabilidade, pretender esgotar o tema, sobretudo aplicado a um ordenamento não acostumado com um sistema orientado por precedentes. Nada impugna, no entanto, tecer algumas considerações a respeito do tema, sempre baseada na madura doutrina processual brasileira.

Amplamente considerado, precedente pode ser entendido como a decisão judicial que, embora aplicada a determinado caso concreto, serve de parâmetro normativo para julgamento de casos análogos. Não é, como se percebe, toda e qualquer parte da decisão judicial que pode ser utilizada como elemento normativo apto a ser aplicado em outros casos como razão de decidir.

É necessário identificar dos componentes do precedente em *lato sensu* aquele que, de fato, pode ser usado como diretriz para julgamento posterior.

Neste sentido, Fredie Didier Jr ensina que, em sentido *lato*, precedente não possui força normativa, haja vista que o mesmo é formado pelas (a) circunstâncias de fato do caso concreto, pela (b) tese estabelecida na motivação do provimento judicial e também a (c) argumentação jurídica em torno da questão³². Dessas apenas a tese utilizada como razão de decidir é que pode possuir forma normativa.

Na análise do caso concreto o julgador engendra duas normas jurídicas. Uma é fruto do seu entendimento a respeito do ordenamento positivado como um todo, leis, constituição, costumes, etc., aperfeiçoando-se em caráter geral. Noutra criação, ele, a partir da primeira, resolve a questão posta a seu julgamento, ou seja, singulariza o que antes era caráter geral.

³¹ FARNSWORTH, Edward Allan. Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos. Antonio Carlos Diniz de Andrada (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 63.

³² *Ibid.*, p. 455-457.

Como se percebe, há então duas normas jurídicas, uma é geral e outra específica, que é aplicada ao caso concreto.

A título exemplificativo vale citar a decisão do STF no recurso extraordinário nº 330.817, a qual versou sobre a incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, d, da Constituição da República, aplica-se ou não aos chamados livros digitais.

Vejamos o que diz o referido artigo constitucional.

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - Instituir impostos sobre:

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.”.

O relator do caso, Ministro Dias Toffoli, expondo como cria a primeira norma jurídica, faz densas considerações sobre o histórico da constituição, a evolução e a importância da imunidade tributária no Estado Democrático de Direito, bem como a sua importância para efetivação da liberdade de expressão, como forma obstativa da centralização do poder que ocorreu no recente período ditatorial.

“A Constituição outorgada, a forte centralização do poder e a alegada necessidade de se afastar o suposto “perigo vermelho” criaram um cenário favorável para a instituição de censuras aos órgãos de comunicação e imprensa. É dessa época o famigerado Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), responsável por promover o regime político no seio da sociedade brasileira e por estabelecer as restrições as empresas de comunicação e imprensa.

...

O Ministro Cordeiro Guerra referiu que os institutos da imunidade e da isenção não devem ser confundidos e que “a finalidade da Constituição é propiciar o desenvolvimento da circulação das ideias, da cultura e a expansão dos meios de comunicação”

Avança o julgador, aprofundando a matéria.

“O Ministro Moreira Alves, em atenção aos votos até então proferidos, observou que os tributaristas salientavam que “(...) a imunidade abarca publicação que informa no interesse público”. Convergingo com a orientação prevalecente, o Ministro Djalci Falcão asseverou serem as listas telefônicas, tal como os livros e jornais, veículos de propagação de informações de interesse público, sem vocação unicamente mercantil.

...

Classicamente e desde a Constituição de 1946, a imunidade comentada se fundamenta na proteção da liberdade de expressão, de ideias, de conhecimento e de cultura, e vem sendo viabilizada com base em duas justificações que, tecnicamente, têm norteado sua extensão e seus limites. ”

Desta forma, aqui demonstrada sucintamente, o julgador criou a primeira norma jurídica. Perceba que a norma ora criada é geral, o julgador não realizou qualquer juízo de valor sobre o caso concreto.

Restou, então, saber se a forma digital do livro³³ está acobertada pela imunidade tributária concedida ao livro impresso. Isto é, a partir do seu entendimento sobre a matéria, consubstanciado na primeira norma, como o julgador decidirá a questão específica que se lhe põe.

Assim, criando a segunda norma jurídica, o Ministro Dias Toffoli decide.

“Avançando agora para o objeto do recurso extraordinário, repriso que a referência ao papel de impressão surgiu na Constituinte de 1946, tendo em vista a manipulação dos tributos aduaneiros na importação do papel linha d’água. Já a Carta de 1967 manteve a norma contida na Constituição de 1946 e ampliou a imunidade para também abranger os bens finais. A proteção tributária de livros, jornais e periódicos, em sede constitucional, surgiu apenas em 1967 – repare-se que, dissociada de alusão a esse insumo. Visava, precipuamente, a repelir que o Ato Complementar nº 27 suprimisse os benefícios fiscais outrora concedidos pelos entes federados a esses produtos finais.

Dessa perspectiva, não me parece que o art. 150, VI, d, da Constituição, refira-se apenas ao método gutenberguiano de produção de livros. Nem penso que o vocábulo “papel” seja essencial ao conceito desse bem final. Com efeito, o suporte das publicações é apenas o continente (corpus mechanicum) que abrange o conteúdo (corpus mysticum) das obras, não sendo ele o essencial ou o condicionante para o gozo da imunidade.

...

Sintetizando e já concluindo, considero que a imunidade de que trata o art. 150, VI, d da Constituição alcança o livro digital (e-book) “.

Destarte, o julgado resolveu o caso concreto criando para ele uma norma específica. Isto é, ele subsumiu o direito abstrato ao caso concreto, entendendo que a imunidade tributária em questão se projeta sobre os livros digitais.

Entendidas as duas normas jurídicas criadas pelo julgador, insta identificar os componentes do precedente em sentido lato. As circunstâncias de fato que embasam a controvérsia era a discussão sobre se os livros digitais deverem ou não ser alcançados pela

³³ Ressalta-se que o termo livro aqui utilizado deve ser entendido como em sentido amplo, circunscrevendo-se na expressão toda e qualquer produção de textos de cunhos informativos ou de lazer.

imunidade tributária constitucional. A argumentação jurídica em torno da questão é toda a exposição de direito que se aplica sobre a controvérsia.

Por fim, a tese firmada na motivação do provimento decisório foi a de que a constituição não exige que os livros, para que sejam tributariamente imunes, constituam-se em papel. Este fundamento jurídico sem o qual a solução do caso concreto não se daria como se deu, “constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto”³⁴.

Para Marinoni, “o precedente deve ser buscado nas razões que levaram à fixação do dispositivo”³⁵. As razões que levam à fixação do dispositivo estão, como já mencionado, na fundamentação. Esta, por sua vez, vai comportar a primeira norma jurídica, como já exposto, bem como a segunda norma jurídica, a qual definirá, nos termos da subsunção aplicada, a tese jurídica que resolve o caso. A *ratio decidendi*, então, estará na explanação referente à segunda norma jurídica engendrada. Por isso se diz que a *ratio* está na fundamentação, mas com ela não se confunde, porque na realidade está em uma parte da fundamentação que não possui delimitação muito clara.

Marinoni ressalta a grande dificuldade de identificar os “exatos extratos formais do precedente, dentre eles a *ratio decidendi*”³⁶. Marinoni, analisando Neil Maccormick e Robert S. Summers, diz que “não há sinal de acordo, no *common law*, acerca da definição de *ratio decidendi* ou mesmo de um método capaz de permitir a sua identificação”³⁷.

Nada obsta, contudo, expor as técnicas mais comentadas para identificação da *ratio decidendi*. Essas técnicas são os chamados teste de Wambaugh e o método de Goodhart.

Wambaugh ensina que *ratio decidendi* é uma regra geral sem a qual a conclusão do caso seria outra. Deve ser formulada a suposta proposição de direito. Então, nega-se a tal proposição com a inserção de uma palavra negativa. Após, questiona-se se a corte tivesse a utilizado, levando em conta o seu raciocínio, se o resultado seria o mesmo. Obviamente, haverá *ratio decidendi* se a resposta for negativa, isto é, se negando a proposição e mantendo-se o resultado não estaremos diante de uma *ratio decidendi*. De outra forma, negando a proposição e modificando-se o resultado, de acordo com Wambaugh, estaremos diante de uma *ratio decidendi*.

Esse teste de Wambaugh, no entanto, não é bem recebido pela doutrina moderna do *common law* pois não considera a *ratio decidendi* plural³⁸, conforme sintetiza Marinoni.

³⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como fonte do direito. Pág. 175.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 162

³⁶ Ibid., p. 162.

³⁷ Ibid., p. 163..

³⁸ Ratio decidendi plural será explicada mais a frente.

“Lembra-se, entre outros pontos, que a Corte pode decidir com base em dois fundamentos que, separadamente, podem levar a mesma solução. Quando o significado de um dos fundamentos é invertido, o outro fundamento é suficiente para preservar a decisão ou para impedir a alteração da conclusão.”³⁹

Pelo teste de Goodhart, por sua vez, entende-se que a *ratio decidendi* é identificada a partir da consideração de todos os fatos materiais (ou fundamentais), sem abrir mão da análise da decisão que neles se fundou. Em melhores palavras, Marinoni arremata “para Goodhart, é necessário determinar todos os fatos do caso como vistos pelo juiz e, após, identificar quais destes fatos o juiz admitiu como materiais para decidir.

Dentre todos os fatos do caso importa, conforme o método de Goodhart, aqueles que o julgador admitiu como fundamentais para decisão, o que impõe depreender que há fatos não fundamentais para a decisão dentre todos eles. O ato de a corte ignorar determinado fato indica, presumivelmente⁴⁰, que é um fato não fundamental para decisão.

Haja vista que casos iguais tem de ser tratados de forma igual, havendo similitude fática fundamental, o precedente deve ser aplicado. A contrário sensu, acaso não se vislumbre ocorrência de fatos fundamentais condizentes com o da decisão precedental, o precedente não deverá ser aplicado. Tal sistema de descobrimento da *ratio decidendi* também se mostra incoerente, na medida em que se baseia em fatos e, à toda evidência, fatos se repetem muito pouco, o que restringiria em demasia a *ratio decidendi*. Não se olvida, contudo, a importância dada por Goodhart aos fatos, por onde, necessariamente, perpassa a *ratio decidendi*.

Rupert Cross refutando uma ideia de que a *ratio decidendi* se circunscrevia em um passo necessário para o alcance da decisão, propôs que uma fundamentação “para configurar *ratione*, precisa ser suficiente para a resolução da questão, mas que a questão jurídica deve exigir uma solução em particular para justificar a decisão do caso.”⁴¹

Destarte, a *ratio decidendi* pode ser entendida como aquele fundamento utilizado pelo julgado suficiente (e, portanto, não necessário, pois poderão haver outros fundamentos igualmente suficientes) para chegar à conclusão do caso concreto, observada a delimitação fática (este importante porque é por meio dos fatos que haverá a distinção do julgado em análise) do caso precedental. Daí que, sendo a *ratio decidendi* um fundamento suficiente para se chegar à conclusão, poderão haver *rationes* igualmente suficientes para a mesma conclusão.

Karl Larenz resume que os precedentes são “resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que se decidir novamente, foi já resolvida uma vez por outro tribunal (ou pelo próprio) noutro caso”⁴². Nesse passo, dizemos que, na satisfatória explanação de Luiz Guilherme Marinoni, “a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação, mas nela se

³⁹ Ibid., p. 164.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: RT. 2016. p. 165.

⁴¹ Ibid., p. 168.

⁴² LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito.

encontra”⁴³, visto que a razão de decidir está exposta no capítulo concernente à fundamentação, e não no dispositivo, consoante o já exposto até aqui.

Prossegue Marinoni, resumindo a definição de precedente: “Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delineia, deixando-a cristalina.”⁴⁴

Dessarte, estando a *ratio decidendi* contida na fundamentação será possível identificar argumentos do julgador de natureza acessória à *ratio decidendi*, isto é, razões que não se mostram suficientes para chegar à conclusão, mas possuem alguma relevância para o direito. Trata-se de conjecturas jurídicas, embora pertinentes, não incidentes diretamente na causa, por isso não componentes do precedente, tão pouco da *ratione* do julgado.

A isto dá-se o nome de *obiter dictum*. Este fundamento, não obstante, seja imprestável como *ratione*, pode em muitos casos representar uma eventual posição do julgador a respeito de causas que podem vir a ser objeto de análise. Possuindo, por conseguinte, considerável eficácia persuasiva⁴⁵. Desta forma, é possível que o *obiter dictum* de pouca relevância para dado julgamento, torne-se a *ratio decidendi* de outro, indicando, desta forma, uma futura posição da corte, motivo pelo qual pode persuadir julgamentos inferiores⁴⁶.

Outro importante ponto para o perfeito entendimento da teoria da *ratio decidendi* é a percepção de que a *ratio* não nasce pronta, sua formação é paulatina. Ocorrerão sempre novos julgamentos sobre a questão com *ratio* definida que, em decorrência de fatos novos, acarretará um aprimoramento da *ratio decidendi* da questão⁴⁷. Ronald Dworkin chegou a comparar a formação da *ratio decidendi* com um romance que vai sendo escrito em capítulos. Ou seja, a medida que se apercebem novas nuances fáticas e de direito, a *ratio* vai sendo aprimorada.

A informação de que a *ratio decidendi* se forma paulatinamente é muito importante quando analisamos a *ratio decidendi* plural. A *ratio decidendi* plural poderia demonstrar que estamos diante de *ratio decidendi* não formada, por ausência de fatos e de aprofundamento dos estudos da questão, mas que indica uma futura *ratione* que se formará paulatinamente. Pode, então, a *ratio decidendi* plural ser uma etapa anterior à formação da *ratio decidendi* propriamente dita.

A razão de decidir plural será explorada no próximo capítulo, mas aproveita-se para registrar que há relação entre a formação paulatina da *ratione* com a razão de decidir plural.

⁴³ Ibid., p. 221.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: RT. 2016. Pág. 214.

⁴⁵ Ibid., p. 172.

⁴⁶ Há, no common law americano e inglês, intensas discussões a respeito do instituto do *obiter dictum* que foge ao objeto do estudo, mas, por precaução, quer-se registrar.

⁴⁷ Ibid., p. 180.

Há, ainda, outros pontos importantes para a teoria da razão de decidir, mas que fogem ao objeto deste trabalho. Por precaução apenas mencionamos que existem estudos sobre a sinalização do precedente, da transformação do precedente, da superação do precedente, da distinção do precedente e da revogação do precedente.

2.2 A razão de decidir plural

Neste tópico serão expostos fundamentos sobre a razão de decidir plural, bem como sinteticamente a respeito da formação do acórdão para tentar deixar mais palpável a teoria que é demasiadamente abstrata.

Inicialmente, cumpre destacar, apenas para fins didáticos, que os tribunais decidem tendo como base o princípio da colegialidade, isto é, as decisões são tomadas por órgãos colegiados e por maioria. Ao relator cabe analisar o caso minuciosamente e propor uma solução por intermédio de um voto, o qual receberá aderência ou não da maioria. Com a aderência se faz a contagem dos votos, que se aperfeiçoará no acórdão que é, propriamente, a decisão do colegiado.

O julgamento realizado no âmbito dos tribunais se dá, como acima destacado, com observância ao princípio da colegialidade, o qual impõe que a decisão será tomada por múltiplos julgadores. Normalmente, os julgamentos observam o número de três (algumas vezes cinco) julgadores, mas esse número pode mudar conforme dispõe o regimento interno de cada tribunal, nos termos do art. 96, I, a, da Constituição Federal.

Art. 96. Compete privativamente:

I - Aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

Os tribunais dividem a sua competência constitucionalmente concedida entre seus órgãos - Tribunal Pleno, Órgão Especial, Câmaras – por meio do seu regimento interno. Esses órgãos são compostos por mais de um julgador – desembargadores ou juízes convocados⁴⁸ - e tomam suas decisões de forma colegiada, dito de outro modo, a decisão é do órgão e não dos desembargadores que o compõem, esses emitem seus votos em sessão designada para julgamento. A reunião desses votos é que gera a decisão do órgão, o chamado acórdão⁴⁹.

⁴⁸ Juiz convocado é aquele órgão julgador de primeira instância chamado para substituir desembargador afastado.

⁴⁹ Segundo o glossário jurídico do STF, Acórdão é decisão final prolatada por órgão colegiado.

Podemos dizer, portanto, que o julgamento dos Tribunais se aperfeiçoa em acórdãos, os quais, por sua vez, representam a “conjugação dos votos proferidos pelos membros do órgão julgador.”⁵⁰. Neste sentido é o art. 204 do Novo Código de Processo Civil: art. 204. Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais.

Importante clarear, contudo, que julgamento nos tribunais não é sinônimo de acórdão, na realidade aquele se aperfeiçoa neste. Como bem ressalta Fredie Didier Jr., há uma diferença formal entre o julgamento e o acórdão. O julgamento antecede o acórdão, o qual, após proferidos os votos dos julgadores em sessão de julgamento, será o resultado desse reduzido a termo⁵¹.

Portanto, há claramente dois momentos distintos. Primeiramente ocorre a divulgação dos votos dos membros do órgão julgador, que discutiram em torno da questão jurídica que lhes foi posta. Naturalmente, não são todos os membros do órgão julgador que se debruçam exaustivamente sobre a causa. Esse encargo incumbe ao relator, que estudará o caso em suas nuances mais específicas emitindo seu entendimento sobre a questão jurídica controvertida. O relator, por meio do seu voto, propõe a solução que entende adequada para a causa. Proposta a solução, os demais julgadores emitiram seu entendimento sobre a questão, aderindo ou divergindo do relator. Colhidos os votos ocorre o julgamento.

Em um segundo momento, é redigido o acórdão, consistindo na redução a termo da solução dada à causa pelos integrantes do colegiado.

No que tange a um sistema de formação de precedentes vinculantes, o voto vencido possui relevante característica que é a de agregar a argumentação teses contrárias à razão de decidir vencedora, o que ajudará no desenvolvimento do direito.

Luiz Guilherme Marinoni chama atenção para o fato de que o registro do voto vencido pode vir a demonstrar a inconveniência da manutenção da tese vencedora antes mesmo de ela ser revertida de eficácia vinculante. Isso evitaria fragilização da base da confiança, protegendo a segurança jurídica, bem como manterá a questão em constante debate⁵².

Sem olvidar a importância do voto vencido, o Novo Código de Processo Civil, no seu art. 941, § 3º, impôs a necessidade de que o voto vencido componha o acórdão, sob pena de nulidade⁵³.

⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podvim. 2016. Vol. 3. Pág. 38.

⁵¹ Ibid., p. 38.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas cortes supremas. São Paulo: RT. 2012. Pág. 41-42.

⁵³ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podvim. 2016. Vol. 3. Pág. 39.

“Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

...

§ 3o O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.”.

Ressalta, ainda, o autor – que inaugurou os estudos sobre *ratio decidendi* e precedentes no Brasil – que há dois tipos de votos vencidos. O simples voto contrário, sem nenhuma intenção de debater a *ratio decidendi* vencedora, diverge na maioria das vezes do próprio dispositivo. A outra espécie de voto vencido é a mais importante para um sistema de precedentes. É aquela na qual o voto vencido “dialoga com posicionamento majoritário, para demonstrar equívoco da *ratio decidendi* vencedora.”. É relevante na medida em que impede que a questão controversa desapareça como se o julgamento tivesse se dado por unanimidade⁵⁴.

Observando como os acórdãos são construídos é mais fácil compreender o instituto da razão de decidir plural. Normalmente os estudos pertinentes à razão de decidir têm como base, desde o início, a decisão judicial já formada, na qual muitas vezes não fica representada as várias *rationes* que na prática existiram, mormente num sistema onde se preocupou apenas com a conclusão do julgamento, pelo menos até um passado recente.

Distingue-se decisão com mais de uma *ratione* de decisão com *ratione* plural. Aquela ocorre quando há várias questões em debate, e para cada questão poderá haver uma *ratio*. É o que ocorre quando o tribunal aprecia duas questões, que poderão ser dependentes ou independentes. Imagine-se que se questione a competência material da corte superior e a incidência de responsabilidade civil objetiva em determinado caso. Quanto à preliminar de incompetência, independentemente do decidido, poderá haver uma *ratio decidendi* sobre a questão, a favor ou contra a arguição. Já quanto à incidência ou não de responsabilidade civil objetiva, só será apreciada se rejeitada a preliminar de incompetência, o que se acontecer, poderá haver outra *ratio*.

No exemplo, em sendo rejeitada a arguição de incompetência absoluta, poderão haver duas *rationes*, uma para cada questão. Esse raciocínio de mais de uma *ratione* por caso possui considerável resistência no *common law*, como ressalta Marinoni⁵⁵.

A *ratio decidendi* plural, por sua vez, ocorre quando “uma decisão majoritária que contem em si duas *rationes* ou fundamentos determinantes, sem que qualquer deles seja amparado pela maioria do colegiado”⁵⁶. Dito de outro modo, ocorre quando a conclusão a que chega sobre determinada questão é majoritária, ou seja, recebeu a aderência da maioria do colegiado, mas a razão de decidir sobre a mesma questão não o é, porquanto não recebeu a

⁵⁴ Ibid., p. 42-43.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: RT. 2016. Pág. 175.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamentos nas cortes supremas. São Paulo: RT. 2015. Pág. 39.

aderência da maioria daqueles que votaram a favor da decisão. Isso porque pode-se chegar a uma mesma conclusão por fundamentos diversos.

Por exemplo, em um colegiado de 9 julgadores, 7 julgam procedente o recurso e 2 julgam improcedente o recurso, consubstanciando um julgamento procedente por maioria. Dentre os juízes que consideraram procedente a questão, 4 julgaram procedente pelo fundamento “a”, 2 pelo fundamento “b” e 1 por um fundamento “c”. Neste caso, teremos um julgamento cuja conclusão possui a aderência da maioria, mas não quanto ao fundamento. É o típico caso de *ratio decidendi* plural. Quando isso ocorre não há *ratio decidendi* no julgamento⁵⁷. E, portanto, não haverá precedente vinculante.

Marinoni chama esse voto que adere a conclusão do julgamento sem aderir ao fundamento de fundamento concorrente, uma vez que adere à conclusão, mas não ao fundamento já que com ele concorre. Esse fundamento concorrente tem a função de demonstrar que a corte não está segura quanto a *ratio*. A questão prescinde de maiores debates. A *ratione* plural atuará nesse ponto, além de obstar a formação da *ratio decidendi* e, por conseguinte, do precedente vinculante, incitará as salas de aula e os juristas a debater a questão⁵⁸.

Desta forma, a *ratione* plural acarreta duas consequências diretas, o impedimento de formação de precedente vinculante e a afloração das discussões a respeito da questão.

Ademais, comenta-se que como a *ratione* plural impede a formação do precedente vinculante, à vista de que não forma *ratio decidendi* propriamente dita, só interessaria para as cortes superiores. Esse argumento repousa no fato de que somente as cortes superiores são cortes de precedentes e, então, as cortes de revisão – Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais – não precisariam se preocupar com a razão de decidir, mas apenas com a conclusão⁵⁹.

Não podemos deixar de lado, no entanto, que o Novo Código de Processo Civil, ao estabelecer eficácia vinculante aos incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência de competência dos Tribunais, concedeu às cortes de revisão alguma funcionalidade precedental.

Nesses procedimentos, que serão melhor comentados no decorrer do trabalho, há 2 finalidades. Uma que resolve as questões das causas que foram afetadas para julgamento. E outra que concerne à formação do precedente que, em tese, vinculará todos os julgados naquele tribunal. Um refere-se a coisa julgada e o outro a formação do direito, enquanto precedente vinculante.

⁵⁷ Ibid., p. 39.

⁵⁸ Ibid., p. 42.

⁵⁹ Ibid., p. 43.

Partindo-se da teoria de precedentes vinculantes, se o que é de observância obrigatória nos precedentes é a razão de decidir que ali repousa, e não a conclusão a que se chega por ela, resta que importa, e muito, os fundamentos da decisão nesses incidentes. Por conseguinte, importará, à toda evidência, a *ratio decidendi* plural.

2.3 O precedente, a jurisprudência e a súmula

Já fixadas as bases mínimas sobre precedente, razão de decidir e razão de decidir plural, pode-se adentrar na relação delas com a jurisprudência e as súmulas.

A Constituição Federal e o Novo Código de Processo Civil em diversos dispositivos se utilizam das expressões “precedente”, “jurisprudência” e “súmula”, sem, contudo, precisamente as definir, motivo pelo qual se faz alguma confusão.

A doutrina não dá para a definição dessas expressões a importância que elas precisam. De modo geral, utilizam-se delas como se tratasse de algo de conhecimento geral. Comumente encontramos textos de renomados doutrinadores que se utilizam o termo súmula como se precedente fosse, de precedente como se fosse jurisprudência, e vice-versa.

Tal confusão repercute impertinentemente em um sistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, uma vez que partindo de pressupostos errados chegamos a conclusões equivocadas.

Sabemos que o precedente é aquela decisão ocorrida em determinado processo que engendra uma tese jurídica, a qual é utilizada como referência de fundamentação de outro caso. Para ter a qualidade de precedente não há a necessidade de que a decisão seja reiterada. O precedente, conforme já se comentou, se forma paulatinamente, com base em amadurecimento jurídico da corte em contraditório substancial.

Nesse passo, basta que uma decisão posterior se conforme com a tese jurídica então criada, resolvendo o caso com base nela. Aí teremos o precedente. Perceba, para que determinada decisão seja considerada como precedente basta que ela crie uma tese jurídica que foi utilizada como princípios argumentativos de outra causa posterior.

A jurisprudência, segundo Alexandre Câmara, é “um conjunto de decisões judiciais, proferidas pelos tribunais, sobre uma determinada matéria, em um mesmo sentido.”⁶⁰. Feliz na definição o mestre. De fato, jurisprudência é, não uma decisão isolada (que pode ser um precedente se utilizada como princípio argumentativo de outra decisão), mas complexo de

⁶⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Atlas. Pág. 476.

decisões judiciais que se convergem em determinado sentido, isto é, um conjunto de vários precedentes que confirmam a tese.

Alexandre Câmara argumenta que vige uma diferença quantitativa entre precedente e jurisprudência, aquele se manifesta como decisão judicial dada em determinado caso concreto, enquanto esse se perfaz quando ocorrem várias decisões – ditas de outro modo, repetidos precedentes – que vertem a um sentido todo uniforme e consentâneo.

Em melhores palavras, diz o doutrinador:

“Perceba-se, então, que há uma diferença quantitativa fundamental entre precedente e jurisprudência. É que falar sobre precedente é falar de uma decisão judicial, proferida em um determinado caso concreto (e que servirá de base para a prolação de futuras decisões judiciais). Já falar de jurisprudência é falar de um grande número de decisões judiciais, que estabelecem uma linha constante de decisões a respeito de certa matéria, permitindo que se compreenda o modo como os tribunais interpretam determinada norma jurídica.⁶¹”

No que tange a precedente e jurisprudência, a doutrina, exceto parcas exceções, vai bem, sendo, sucintamente, representada neste capítulo. Contudo, ao adentrar no tema súmula é que as divergências dos entendimentos se mostram problemáticas.

Segundo o glossário jurídico do STF, as súmulas deste órgão são “verbetes editados pelo Supremo Tribunal Federal, apoiados em reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que tem efeito de orientar os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.⁶²”. Essa síntese, embora criada especificamente para súmulas editadas pelo STF, serve de parâmetro para as demais súmulas dos outros órgãos do Poder Judiciário.

De certa forma, há convergência na doutrina no sentido de que a súmula é um enunciado normativo que representa a jurisprudência dominante da corte que a emite. A súmula, seja vinculante ou não, podemos dizer, relaciona-se diretamente com a jurisprudência formada por intermédio de precedentes, reiteradamente utilizados. Isso porque a jurisprudência se forma através da utilização de reiterados precedentes.

Entretanto, ao adentrar em tema de grande relevância para a ciência processual, que é a relação de súmula com o precedente, mais precisamente com razão de decidir do precedente, considerado ele em estrito sensu⁶³, é que se mostram as divergências de entendimento.

⁶¹ Ibid., p. 476.

⁶² Consulta realizada em 29 de março de 2017, às 15:43, no endereço <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=382>

⁶³ Questão já debatida no capítulo de precedente.

Muitas vezes eventual divergência doutrinária pouco importa para a prática, mas, no caso em tela, não é o que acontece, pois, como será visto mais adiante neste trabalho, o equívoco do entendimento da relação entre súmula e *ratio decidendi* causará erros indesejáveis na interpretação de outros dispositivos.

Nessa esteira, Fredie Didier Jr entende que a súmula é “o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente.⁶⁴”. Continua dizendo que “há, pois, uma evolução: precedente → jurisprudência → súmula. São noções distintas, embora umbilicalmente ligadas.⁶⁵”.

Com outro entendimento, Alexandre Câmara, observa:

“Perceba-se que na súmula da jurisprudência dominante do tribunal não se deve indicar apenas o enunciado, mas também as decisões em que tal matéria foi enfrentada e decidida, o que permite o conhecimento das circunstâncias que levaram à formação daquele entendimento e os fundamentos que lhe servem de base. Pois estes pronunciamentos, indicados na súmula, são precedentes.”.

Segue com seu relato:

“O enunciado de súmula, portanto, não é um precedente. Trata-se de um extrato de diversos pronunciamentos, isto é, algo que se extrai de diversas decisões sobre a mesma matéria. Tais decisões podem, até mesmo, basear-se em fundamentos determinantes distintos, mas em todas elas se identificou a mesma conclusão. Assim, é perfeitamente possível imaginar a existência de uma jurisprudência firme, constante, ensejadora de um enunciado de súmula, e que se apoia em distintos precedentes, baseados em fundamentos determinantes distintos. Decidir com base em um enunciado de súmula, portanto, não é o mesmo que decidir com apoio em precedente. O enunciado de súmula, insista-se, é um extrato da jurisprudência dominante de um tribunal.”.

O que causa tantas divergências é o fato de o instituto da súmula possa ter várias acepções, mas analisando a súmula enquanto precedente, esta não pode ser entendida como razão de decidir do julgado. A razão de decidir não é de simples extração. Nem em estudos profundos sobre a *ratione* realizados por estudiosos de sistemas jurídicas acostumados com o precedente houve uniformidade. Mas o que sabemos, com segurança, é que a delimitação da razão de decidir perpassa por uma análise mais detida da questão (e não da causa), tendo como parâmetro, além do direito em discussão, o quadro fático.

⁶⁴ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podvim. 2016. V. 2. p. 500.

⁶⁵ Ibid., p. 500.

É por esse motivo que é tão importante analisar a súmula em conjunto com os precedentes que a formaram, visto que a súmula decorre deles, conforme lembra o art. 926, § 2º, do Novo Código de Processo Civil.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

...

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação.

Desta forma, conforme ensina o professor Alexandre Câmara, o enunciado de súmula não é precedente, é, em realidade, um “extrato de diversos pronunciamentos sobre a mesma questão de direito. Precedentes, portanto, são as decisões que deram causa à criação da súmula e a razão de decidir, à toda evidência, encontra-se nesses precedentes.

CAPÍTULO 3

A RAZÃO DE DECIDIR PLURAL NOS INCIDENTES DE FORMAÇÃO CONCENTRADA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

3.1. Litigiosidade de massa e os incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios.

Neste tópico cumpre expor a razão de ser dos incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios, bem assim expor fundamentos sobre eles.

O sistema de recursos vigente no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja o Novo Código de Processo Civil, o qual entrou em vigor em 16 de março de 2016, por meio de ato normativo próprio, qual seja a Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

Este novo sistema processual trouxe consideráveis mudanças ao ordenamento pátrio, tendo como cerne o princípio da celeridade processual, isto é, pretendeu-se dar maior efetividade aos atos processuais e, por conseguinte, impor a redução da morosidade a que o Poder Judiciário submete o jurisdicionado de boa-fé. Reza do art. 4º do Novo Código de processo Civil: As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Daniel Amorim Assumpção Neves, entretanto, infirma que, não obstante o alardeamento em torno da dita celeridade que o Novo Código de Processo Civil traria aos processos, não há nada que “concretamente confirme tal desejo”⁶⁶.

A despeito dos dispositivos que indicam uma opção pela celeridade processual, outros tantos acarretam considerável morosidade, que atenta aos princípios constitucionais da duração razoável do processo e, acentuada essa morosidade, à inafastabilidade da jurisdição.

Vejamos, é vertente da negativa prestação jurisdicional⁶⁷ aquela morosidade que se perpetua nos quadros da justiça brasileira. Avaliando que a negativa de prestação jurisdicional ocorre quando o órgão julgador deixa de apreciar algum dos pedidos da parte, temos que tal consequência - reitero, a inércia do julgador em apreciar a demanda inteira - também ocorre quando temos uma morosidade acentuada. Isto é, a relação jurídica controvertida repousa impertinentemente nas estantes, ou nos bits dos processos eletrônicos, enquanto o direito das partes, muitas vezes indisponíveis, definha-se. Dessa forma, se quando o juiz deixa de apreciar

⁶⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil. Inovações, alterações e supressões comentadas. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

⁶⁷ A negativa de prestação jurisdicional é pautada no art. 93, IX, da Constituição Federal, comumente ligada à ausência de fundamentação da decisão judicial ou quando o julgador deixa de apreciar determinado pedido.

um dos objetos da ação, mas o faz quanto aos demais é ausência de prestação jurisdicional, quando não aprecia nenhum também o é.

Assim, quando o órgão julgador, por excesso de trabalho ou outro motivo que tem pouca relevância, mantém-se inerte, olvidando as tutelas que lhes é submetida a análise aperfeiçoa a negativa de prestação de jurisdicional.

Impende registrar que a morosidade da justiça brasileira não é problema recente, é questão que vem se aprofundando durante os séculos.

Neste diapasão, o Conselho Nacional de Justiça vem trabalhando para mudar esse cenário e, em alguma medida, vem obtendo razoáveis melhoras.

Seguindo essa esteira de necessidade de abreviar o tempo do processo, o Novo Código de Processo Civil aprofunda o sistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios que, embora já previsto em alguma medida no Código de Processo Civil de 1973, sua utilização era deveras tímida. Tendo sido utilizadas, como indicativo de entendimento dos Tribunais, sem a força de obrigatoriedade, as súmulas. Excetuam-se dessas, as súmulas vinculantes⁶⁸, cujo exemplo são escassos, mas representam entendimento do Supremo Tribunal Federal, cuja observação é obrigatória por todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como pela Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, direta e indireta, de todos os poderes da república.

O estudo do processo civil, conforme depreende-se da leitura do mesmo, foi concebido tendo como núcleo a litigiosidade individual. Imaginou-se uma lide entre duas pessoas, de um lado o autor, do outro o réu. E, assim, o Novo Código de Processo Civil foi estruturado, desenhando a grande maioria de suas normas pensadas nos indivíduos, singularmente considerados.

Historicamente pensando, com o advento da globalização, os dissídios individuais avolumaram-se de forma que se torna impossível vislumbrar que a máquina judiciária, em que pese um sem número de agentes que se prestam a resolução das demandas individuais, dê cabo a elas em tempo hábil a ponto de garantir a efetividade do direito. Pelo contrário, temos que a morosidade na tratativa das demandas impõe sério dano à pretensão das partes, isso na melhor das hipóteses, porque em outras o que ocorre é o esvaziamento do direito.

⁶⁸ Verbete editado pelo Supremo Tribunal Federal, apoiado em reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Tal instituto foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário).

Costuma-se atribuir como causa dessas litigiosidade de massa, “a ampliação dos meios de comunicação social, o aumento da consciência jurídica dos cidadãos, o desenvolvimento desenfreado de novas tecnologias e da oferta demasiada de novos produtos”⁶⁹.

É consequência direta da litigiosidade de massa a morosidade judiciária. Há, a toda evidência, um sem números absurdo de novas demandas distribuídas diariamente. O aparelhamento da máquina judiciária não acompanha – e nem deve, haja a vista a clara limitação de recursos – as demandas lhes são postas.

Não é dado apenas aos mais inteligentes perceber que se a fonte desses litígios é a mesma, o objeto deles também tem grande chance de ser. E assim o é. Há inúmeras demandas que tem a aptidão de possuir a mesma causa de pedir e o até mesmo objeto. Tal afirmação é facilmente comprovada pela listagem dos 100 maiores litigantes do Brasil divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011⁷⁰. Dessa lista colaciono a seguir os 10 maiores litigantes.

Rank	Pessoa Jurídica	Porcentagem de processos
1	INSS – Instituto Nacional do Seguro Social	22,33%
2	CEF – Caixa Econômica Federal	8,50%
3	Fazenda Nacional	7,45%
4	União	6,97%
5	Banco do Brasil S/A	4,24%
6	Estado do Rio Grande do Sul	4,24%
7	Banco Bradesco S/A	3,84%
8	Banco Itaú S/A	3,43%
9	Brasil Telecom Celular S/A	3,28%
10	Banco Finasa S/A	2,19%

Da análise do quadro acima é fácil constatar que os 10 maiores litigantes se resumem a matéria de direito do consumidor, serviços bancários, seguridade social e direito tributário. Pode-se afirmar que há milhares de demandas cujos dissídios possuem a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (ou, ao menos, muito similar).

Desta forma, é necessário que se coloque em prática meios de solução de composição de massa.

⁶⁹ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podvim. 2016. Vol. 3. Pág. 586.

⁷⁰ Publicação “100 maiores litigantes”, consultada em 26/03/2017, às 14:11, no endereço http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf.

Como foge ao objeto deste trabalho a análise dos meios alternativos de composição de conflitos, como a arbitragem, mediação e conciliação extraprocessuais, apenas faço o registro deles como meios efetivos para pacificação social, bem como obstáculo do ingresso de inúmeras demandas no judiciário.

Realizado o registro, um dos meios utilizados como solução da litigiosidade de massas é as chamadas ações coletivas.

Não obstante as ações coletivas não sejam algo novo, visto que há registro de ação popular no Direito Romano e no período medieval⁷¹, apenas no último século que se percebeu a necessidade de utilização delas como solução das demandas de massa.

Partindo da experiência das *class action* norte-americanas, foram editadas as leis 4.717/1965, que regula a ação popular, 7.347/1985, da ação civil pública, a 8.429/92, da ação de improbidade e o mandado de segurança coletivo.

Esse microssistema que regula as causas coletivas, embora se faça registro da sua importância e da sua efetividade, não obsta a que as demandas se multipliquem diariamente. As ações coletivas não têm conseguido resolver a maior parte das lides, como bem ressalta Freddie Didier:

“Muitos dos problemas de massa são solucionados individualmente, em cada uma das milhares de demandas propostas a respeito do mesmo tema. Com efeito, não é raro que uma determinada situação atinja, a um só tempo, uma quantidade de exagerada de pessoas que, diante disso, passam a ingressar em juízo na busca do reconhecimento de seu direito. Tais demandas de massa ou causas repetitivas são identificadas por veicularem esses casos judiciais, que resultam de atividades reiteradas, realizadas no setor público ou na iniciativa privada.”⁷²

O microssistema de ações coletivas não tem a capacidade de abranger todas as situações repetitivas. Conforme bem salienta Sofia Orberg Temer⁷³, são causas, dentre outras, para a inefetividade das ações coletivas:

- a) Não há quantidade suficiente de associações representativas;
- b) Há inadequada restrição da atuação das associações;
- c) Inadmissão das ações coletivas em alguns casos;
- d) Contribuição da coisa julgada coletiva para que as questões repetitivas não sejam definitivamente solucionadas;

⁷¹ DIDIER JR., Freddie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podvim. 2016. Vol. 3. Pág. 584.

⁷² Ibid., p. 585.

⁷³ TEMER, Sofia Orberg. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. P. 122.

- e) Restrição da eficácia subjetiva da coisa julgada;
- f) Insegurança jurídica quanto a prescrição na ação coletiva, se essa interrompe ou não a prescrição;

Em virtude do exposto é que se viu a “necessidade de criação de uma técnica processual para solução, com força de precedente obrigatório, de uma questão que se repete no foro (“questão repetitiva”), seja ela de direito material (individual ou coletivo), seja ela de direito processual.”⁷⁴.

É o que se chama de julgamento de casos repetitivos. O sistema de julgamentos de casos repetitivos, inobstante também se preste à tutela coletiva – vez que tutela direitos de grupo⁷⁵ -, é estruturalmente diferente do sistema da tutela coletiva. Aquele visa a formação de um precedente obrigatório e não a coisa julgada sobre as partes de processos cujo objeto é o mesmo do julgamento de casos repetitivos.

3.2 Os Incidentes de Formação Concentrada de Precedentes Obrigatórios

O Título I do Livro III – que trata dos processos nos tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais - do Novo Código de Processo Civil inicia-se com um capítulo que contém disposições gerais sobre jurisprudência, “a necessidade de que seja mantida estável, íntegra e coerente e sobre a eficácia vinculante dos precedentes”⁷⁶. Esse é o tema de maior relevo e inovação do novo código. Aqui reside as maiores esperanças e expectativas em torno do novo ordenamento processual civil.

Há uma clara intenção do legislador no sentido de promover a segurança jurídica, a isonomia, a proteção da confiança legítima, e a unidade do direito, enquanto trata as questões repetitivas. Para tanto optou-se por um sistema de precedentes, onde a formação jurisprudencial estável, íntegra e coerente se aperfeiçoará na condensação do direito, em outras palavras, na unidade do direito, ao mesmo tempo em que cuida de inúmeros casos iguais.

Temos que o Novo Código de Processo Civil estabelece como incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios os julgamentos de recursos extraordinários e especial repetitivos, os incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e o incidente de assunção de competência, tudo nos termos do art. 927, III, do Novo CPC.

⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podvim. 2016. Vol. 3. Pág. 587.

⁷⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil. Inovações, alterações e supressões comentadas. 3 ed. rev. ampl. e alt. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. Pag. 535.

⁷⁶ Gonçalves, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 1066.

Dentre eles, prestam-se a tratativa das questões repetitivas, além da formação de precedentes vinculantes, os recursos extraordinários e especiais repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). O incidente de assunção de competência, por sua vez, não visa ao julgamento de massas, mas à formação de precedente obrigatório.

O incidente de resolução de demandas repetitivas tem referência no direito alemão na figura que se chama *musterverfahren* que, por sua vez, tem o poder de gerar uma decisão que serve de modelo (*muster*) para ser aplicado a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação.

Tal inspiração decorrente do direito alemão baseou-se no instituto denominado “procedimento-modelo” (*musterverfahren*), o qual, em síntese, consistia em um mecanismo aplicado no contexto de danos causados aos investidores da bolsa de valores de Frankfurt e com vigência até 01.11.2010, prazo esse prorrogado até o dia 31.10.2012.

Sobre o instituto do *musterverfahren*, assim leciona Guilherme Rizzo Amaral:

A decisão do legislador alemão pela utilização do instituto da *Musterverfahren* para ações repetitivas relacionadas ao mercado de capitais e deu em reação ao ajuizamento de milhares de ações individuais por acionistas da empresa Deutsche Telekom AG, nas quais se alegava que determinadas informações prestadas pela empresa no tocante ao seu patrimônio estariam incorretas, causando prejuízos aos investidores. Percebendo a complexidade da matéria objeto de cada ação e o absurdo empo que seria necessário para instruir individualmente cada um dos milhares de processos, o legislador optou por estender a tais procedimentos judiciais mecanismos semelhantes aos já existente no âmbito administrativo, evitando, com isso, o overload de processos nos tribunais e o risco de decisões contraditórias, bem como proporcionando um maior acesso à justiça e uma equânime divisão de custos – em especial com a instrução dos processos – entre os inúmeros autores”.⁷⁷

Amparado nesta legislação experimental, oriunda de país que notoriamente não tem tradição em processo coletivo, foi que o legislador brasileiro, amparado por um incomparável time de juristas, criou o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Destaca Daniele Viafore:

“Verifica-se que se trata o incidente projetado brasileiro de uma proposta democrática, pois fixação da tese jurídica é antecedida da participação das partes e de pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, as quais poderão requerer a juntada de documentos, as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito

⁷⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, volume 196, junho de 2011, p. 245.

controvertido e sustentar razões e recorrer da decisão proferida no julgamento do incidente.⁷⁸

Observa-se que o Procedimento Modelo alemão foi constituído para ter uma aplicação bem restrita, tendo sido criado para regular e proteger os investidores nos mercados de capitais, tendo em vista a potencialidade de multiplicação de demandas com o mesmo conteúdo fático e jurídico nessa seara.

Nos dizeres de Antonio do Passo Cabral, o procedimento da Musterverfahren inicia-se:

[...] com um pedido de instalação do incidente padrão (Musterfeststellungsantrag), seja pelo autor seja pelo réu, perante o juízo do processo individual (Prozessgericht, o juízo de origem), com indicação do escopo da tratativa coletiva, descrito e exigido pela lei como requisito do pedido. Não pode haver instauração de ofício pelo juízo. A parte deve apontar os pontos litigiosos (Streitpunkte) que deseja ver resolvidos coletivamente, bem como os meios de prova que pretende produzir no incidente. Interessante notar que o requerente deve alegar e demonstrar que o pedido terá repercussão extraprocessual, interferindo na resolução de outros litígios similares. Não é admitido requerimento para instauração de Procedimento-Modelo quando a causa estiver pronta para julgamento, quando puder prolongar ou postergar indevidamente o processo, quando o meio de prova requerido for inadequado, quando as alegações não se justifiquem dentro dos objetivos do procedimento ou ainda quando um ponto controvertido não aparentar necessidade de ser aclarado com eficácia coletiva (KapMuG §1 (3)). Em verificando tais hipóteses, deve o juízo rejeitar o requerimento. Interessante notar que a admissibilidade do Procedimento-Modelo é analisada e decidida pelo juízo de origem.⁷⁹

Esta decisão é irrecurável e vinculará o órgão jurisdicional hierarquicamente superior:

A decisão do juízo inferior é irrecurável, será publicada no registro público e vincula o tribunal de instância superior, que será o juízo de julgamento do mérito do Musterverfahren. Note-se que o mérito do Procedimento-Modelo é fixado pelo juízo de origem. Com a prolação da decisão que instaura a tratativa coletiva não pode haver outro Procedimento-Modelo com o mesmo objeto (§5 da KapMuG).⁸⁰

Instaurado o Procedimento Modelo perante o órgão jurisdicional de maior hierarquia (Tribunal), todas as ações que tramitavam concomitantemente à instauração do incidente e aquelas que forem propostas na pendência do julgamento do processo representativo serão sobrestadas, aguardando a definição daquele ponto em comum. Tal suspensão ocorrerá após a publicação da instauração do incidente, e será determinada de ofício e por meio de decisão

⁷⁸ VIAFORE, Daniele. As semelhanças e as diferenças entre o procedimento-modelo musterverfahren incidente de resolução de demandas repetitivas no PL 8.046/2010. **Revista de Processo**, volume 217, março de 2013, p. 10.

⁷⁹ CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas, p. 128 - 129. Disponível em http://uerj.academia.edu/AntonioCabral/Papers/144617/O_novo_ProcedimentoModelo_Musterverfahren_alemao_uma_alternativa_as_acoes_coletivas> Acesso em 09.05.2017.

⁸⁰ Ibid., p. 135.

irrecorrível. Ressalta-se que a Musterverfahren aplica-se tanto na resolução de questões de fato como de direito, e vinculará todas as demandas pendentes e as que vierem a ser ajuizadas no decorrer da resolução do Procedimento Modelo, independentemente de as partes terem requerido a tratativa coletiva daquele ponto.

Feita a dilação probatória, o Tribunal proferirá decisão a respeito daquela questão comum. A decisão será denominada de Musterentscheid e, segundo o §16º da KapMug, terá o condão de vincular os juízes de primeiro grau que detém a competência para decidir o mérito daquelas causas envolvidas⁸¹.

Em que pesem os objetivos detalhados pela exposição de motivos do novo Código de Processo Civil, relevante observar que o procedimento idealizado pelo novo diploma processual reveste-se da natureza de processo objetivo, uma vez que tem por escopo não apenas a resolução da lide individual na qual surge, mas sim a elaboração de uma decisão quadro, de uma tese jurídica aplicável às questões de direito comuns que dão origem à multiplicidade de demandas idênticas⁸².

O incidente de assunção de competência, regulamentado no art. 947 do Novo Código Civil, consiste em outro incidente de formação concentrada de precedentes, onde, diferentemente do incidente de resolução de demandas repetitivas, não exige repetição de controvérsia em múltiplos processos.

O requisito da dispensabilidade de repetição em múltiplos processos é que distingue essa figura do incidente de resolução de demandas repetitivas, em que a exigência da repetição da tese em vários processos é indispensável.

Esta técnica de julgamento, revelada na forma de incidente, expõe uma das facetas do novo CPC, consubstanciada na formação de precedentes. Ainda que não seja o método histórico de se criar um precedente, originado no direito anglo-saxão, certo é que o código pretendeu que assim fosse ao dispor que “o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese”.

Exsurge, assim, que o incidente de assunção de competência é uma técnica que visa criar um “precedente” de forma concentrada, e com efeito vinculante.

⁸¹ CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas, p.138. Disponível em: <
http://uerj.academia.edu/AntonioCabral/Papers/144617/O_novo_ProcedimentoModelo_Musterverfahren_alemao_uma_alternativa_as_acoes_coletivas> Acesso em 09.05.2017.

⁸² MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código civil. **Revista de processo**, volume 211, setembro de 2012, p. 197.

No Brasil, infelizmente, é comum a importação de institutos de direito para ser utilizado em finalidades diversas daquelas para as quais a técnica foi criada, “à brasileira”, como diz praxe jurídica. O instituto de resolução de demandas repetitivas, como de costume, não se livrou desta nefasta característica do ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Júlio César Rossi, da forma como está colocado o incidente de resolução de demandas repetitivas, o precedente a ser formado eliminará do órgão julgador a possibilidade de fazer a distinção ou o cotejamento da relação jurídica em concreto, bem como esvaziará a estrutura recursal⁸³.

Marcos José Porto Soares ressalta “A característica que distingue o incidente de assunção de competência dos demais, a ponto de vê-lo mais próximo da linha de formação dos precedentes no sistema do common law, é que por meio dele se dá efetivamente e prioritariamente o julgamento de um caso específico e concreto, com a explicitação de uma *ratio decidendi*, o que não ocorre para a criação das súmulas vinculantes, das orientações jurisprudenciais, e até mesmo de decisão emanada de um incidente de resolução de demandas repetitivas.”⁸⁴

Finalizando o microssistema de incidentes de produção concentrada de precedentes vinculantes estão os recursos especiais e extraordinários repetitivos, os quais se assemelham bastante com o procedimento do incidente de resolução de demanda repetitiva, mas de competência das cortes superiores.

Todos esses incidentes visam à busca da unidade do direito, formando um precedente de observância obrigatória. Resguardam, bem vistas as coisas, a isonomia na distribuição da jurisdição, uma vez que busca evitar a prolação de decisões díspares para uma mesmo direito, e também o princípio da confiança legítima. Não é crível que para um mesmo direito controvertido se permita decisões conflitantes ao alvedrio da segurança jurídica.

Muito embora, vários autores critiquem a questão da uniformização da jurisprudência por meio de precedentes, isso é a tendência do Novo Código de Processo Civil, que consiste na valorização do precedente judicial como um elemento norteador das demais decisões, circunstância que emerge da busca por isonomia e celeridade na aplicação do direito.

Como orienta Arruda Alvim, “é perceptível a ênfase conferida ao peso e ao significado social da jurisprudência nos tribunais, mormente sob a perspectiva da realização da isonomia e da segurança jurídica.”⁸⁵

⁸³ ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de processo, volume 208, junho de 2012, p. 204.

⁸⁴ OARES, Marco José Porto. Do incidente de assunção de competência, disponível em: https://www.academia.edu/28789900/Do_Incidente_de_Assunção_de_Competência, p. 6-7.

⁸⁵ ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). Revista de processo, v. 36, n. 191. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 299-318.

Luiz Guilherme Marinoni no mesmo sentido chama atenção:

“(...) a falta de coerência entre as decisões estimula a litigiosidade, trazendo aos tribunais milhares de casos que, caso o sistema judicial não violentasse a sua própria lógica, poderiam ser acomodados mediante acordos. Ora, não é preciso pensar muito para concluir que os recursos infundados e abusivos, a violação do direito fundamental à duração razoável do processo e o atual estado de apatia do Poder Judiciário são meras consequências da falta de autoridade dos precedentes judiciais.”⁸⁶

Continua o autor, “trata-se, bem vista as coisas, da principal inovação do Projeto, na medida em que traz para o Direito brasileiro algo que, apesar de fundamental, ainda não foi bem absorvido pelo civil law.”⁸⁷

O sistema de precedentes é a pedra de tomo do Novo Código de Processo Civil, pretende o código fazer avanços significativos nesse instituto utilizando-o como paradigma orientador dos demais órgãos jurisdicionais que, ao apreciar um caso concreto, terão elementos e subsídios para dizer o direito com base na orientação já firmada.

Marinoni, ao tecer comentários a respeito da sistemática dos precedentes judiciais na cultura da common law, pontua a necessidade do processo civil atribuir maior relevância à ratio decidendi, aos fundamentos, portanto, que levaram o juízo a considerar aquela decisão como a melhor a ser aplicada à hipótese.

A eficácia vinculante do precedente se dá erga omnes e apenas em relação à sua fundamentação, ou seja, concernente à ratio decidendi da decisão.

Com isso se pretende dar tratamento iguais a casos iguais. Observa-se, portanto, que os incidentes de formação concentrada de precedentes vinculantes ingressam justamente nesse contexto de valorização do precedente judicial, na medida em que se propõe a servir, após o julgamento do processo representativo da controvérsia, de paradigma para as demais demandas que sejam juridicamente iguais, enfrentando-se, assim, a morosidade do judiciário.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: A ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. Revista dos Tribunais, ano 101, v. 918. São Paulo, 2012, p. 353.

⁸⁷ Ibid., p. 353.

3.3 (In) Constitucionalidade do art. 927 do Novo Código de Processo Civil

O artigo 927 do Novo Código de Processo Civil enuncia que as decisões judiciais produto dos seus incisos serão observadas pelos juízes e tribunais.

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

Este badalado artigo vem sendo objeto de severas críticas por parte respeitável da doutrina que, embora minoritária, não se pode olvidar.

Primeiramente, há discussão quanto à interpretação do caput na passagem “Os juízes e os tribunais observarão” (grifo meu). A doutrina majoritária entende que a utilização pelo legislador do termo grifado foi com a intenção de que se imponha aos julgadores a observância obrigatória da produção jurídica consequência I — das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II — dos enunciados de súmula vinculante; III — dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV — dos enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e V — da orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Dito de outro modo, trata-se de precedentes vinculantes, não só aqueles constitucionalmente estabelecidos - I — as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CRFB); II — os enunciados de súmula vinculante (art. 103-A, da CRFB) -, como também os III - acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e V- a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados⁸⁸.

No que se refere aos incisos I e II é pacífico que estamos diante de extratos jurisprudenciais com eficácia vinculante, não apenas ao Poder Judiciário, com também a toda a

⁸⁸ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podvim. 2016. Vol. 3. Pág. 35.

Administração Pública. Com relação aos incisos III, IV e V do art. 927 é que carece convergência num mesmo sentido.

Por algumas consequências desses dispositivos é que a doutrina entende se tratar de precedentes vinculantes também, ainda que não de fonte constitucional. É que com base nesses extratos jurisprudenciais os juízes e os tribunais podem proferir sentença de improcedência liminar (art. 332, II e III do Novo Código de Processo Civil), dispensar a remessa necessária (art. 496, § 4º, II e III do Novo Código de Processo Civil), autorizar a tutela provisória de evidência (art. 311, II do Novo Código de Processo Civil), decidir o relator monocraticamente (art. 932, IV, b e c; art. 955, § único, II, do Novo Código de Processo Civil), e também contra decisões que não observem esses precedentes cabe reclamação, igualmente prevista para os casos em que a CRFB previu para as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes⁸⁹.

Neste sentido é o enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

“Enunciado nº 170. (art. 927, caput) As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.”

Não obstante a opinião da doutrina majoritária, pende registrar a divergência apontada pelo sempre diligente professor Alexandre Câmara, para quem o art. 927 não cria, sempre, precedentes obrigatórios. Entende o jurista que a eficácia vinculante dos precedentes não advém do art. 927.

“É que a eficácia vinculante não resulta do disposto no art. 927 do CPC. E é equivocado, data vênha, pensar que tal eficácia resultaria do fato de que o texto normativo do caput desse dispositivo afirma que os juízes e tribunais observarão o que consta dos incisos do aludido artigo de lei.”⁹⁰

Continua, dizendo que há a exigência de que os juízes e tribunais observem esses precedentes, dito de outro modo, levem em conta, ou se preferir, traduzem-se em um impeditivo de omissão desses precedentes. Assim, o julgador, em hipótese alguma, poderá decidir contrariamente a essas normas, por ignorá-las. Deverá demonstrar, em que pese ciente da existência do precedente, os motivos pelos quais não os aplica, não tendo, necessariamente, que converter o entendimento registrado no precedente como o seu.

Conclui registrando que “têm eficácia vinculante as decisões e enunciados sumulares indicados nos incisos I a III do art. 927; e são meramente argumentativas as decisões e verbetes sumulares de que tratam os incisos IV e V do mesmo artigo.”.

⁸⁹ Ibid., p. 35.

⁹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Atlas. Pág. 485.

Com toda a vênia, nem uma interpretação é totalmente correta, tão pouco a outra.

Vejamos, é seguro dizer que o legislador, de fato, teve a intenção de conceder eficácia vinculante a todos os plexos jurídicos constantes dos incisos do art. 927 do Novo Código de Processo Civil, apoiado nas repercussões jurídicas que podem ocorrer, as quais já foram enunciadas por Fredie Didier Jr.

Contudo, o direito não está circunscrito a vontade do legislador, há que ser interpretado à luz da Constituição Federal, inserido dentro de um sistema jurídico complexo, de conceitos, princípios e regras muito bem estabelecidas, como é o caso do ordenamento jurídico brasileiro.

Insiste-se, a atividade legislativa não torna vermelho em azul, mas orienta a atividade jurídica, indicando o caminho que pretende pavimentar. Sendo essa opção consentânea com direitos fundamentais e normas constitucionais, deve ser aplicada.

Isto posto, os incisos I e II, conforme já se explicitou, tem eficácia vinculante, trata-se de mera repetição do texto constitucional, não por se tratarem de precedentes vinculantes mas porque esses instrumentos jurídicos possuem coisa julgada erga omnes⁹¹.

Os demais incisos precisam de exposição mais cautelosa. Inicialmente, o inciso V que versa sobre a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiver vinculados, vincula sim os órgãos judiciários, não por obediência jurídico-processual, mas administrativa. Em se tratando de matéria administrativa, os juízes e tribunais devem obediência ao decidido pelos seus órgãos superiores.

Os incisos III - acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos e IV - os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional não serão precedentes obrigatórios apenas por observarem ao requisito formal da formação do precedente obrigatório.

O precedente para ser vinculante deve observar a forma estabelecida para sua produção, estabelecida em lei ou regimento interno do tribunal e a dimensão objetiva do precedente, este, por sua vez, “envolve a análise da dimensão fático-jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz. A proposição é necessária quando sem ela não é possível chegar à solução da questão. É suficiente quando basta para resolução da questão. A proposição necessária e suficiente para solução da questão diz-se essencial e determinante e consubstancia o precedente.”⁹².

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamentos nas cortes supremas. São Paulo: RT. 2015. Pág. 20.

⁹² Ibid., p. 125.

Sabemos que o que vincula num acórdão de precedente obrigatório é a sua *ratio decidendi* ou, em melhores palavras, “o que vincula nas decisões capazes de gerar precedentes são as razões constantes da sua justificação, as quais devem ainda ser lidas a partir do caso exposto no seu relatório.”⁹³. Desta forma, a precedente obrigatório é engendrado não a partir de uma tese estabelecida, mas do conjunto jurídico que se forma a partir da análise da tese conjugada com a dimensão fático-jurídica do caso que gerou o precedente. E mais, temos de observar que nos casos do inciso III, acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, há grande diferença entre o julgamento proferido com vista a gestão de casos repetitivos e a criação a partir deste julgamento (ou melhor, deste acórdão) dos precedentes com força vinculante.

Distingue-se a partir de um mesmo ato jurídico (julgamento) duas consequências no mundo jurídico. Uma se refere à gestão processual de massa, mais precisamente os incidentes de resolução de demandas repetitivas, os julgamentos de recurso extraordinário e especial repetitivos e o incidente de assunção de competência.

Essa primeira consequência se refere a solução desses casos específicos, cuja relação jurídica entre os opoentes – autor e réu - já existia quando do julgamento, sendo, em certa medida, permitido o contraditório aos mesmos. Independentemente de como se aperfeiçoe o acórdão a partir da colheita dos votos, haverá um resultado e uma solução para os casos paradigmas, uma vez que eles, de fato, foram julgados. Não se tratou aqui de aplicação de precedente vinculante, mas de julgamento coletivamente realizado.

A outra consequência se refere a produção do precedente obrigatório a partir desse julgamento. O acórdão poderá se prestar a ser um precedente vinculante ou apenas precedente persuasivo, a depender de como se formou a razão de decidir. A *ratio decidendi* estabelecida no acórdão só poderá ser considerada vinculante se, e somente se, ficar identificada a partir da colheita dos votos uma ou várias razões de decidir condizentes com o fundamento da maioria. Dito de outro modo, não fará precedente vinculante o acórdão cujo dispositivo votado por maioria, ou mesmo unanimidade, demonstrar razões de decidir plurais divergentes, não tendo nenhuma sido acolhida pela maioria.

Pode haver um dispositivo unânime, ou por maioria, cuja razão decidir não o é. Cada componente da corte chega a uma conclusão uniforme por motivos determinantes completamente divergentes. Não havendo unidade na razão decidir, não há que se falar em precedente vinculante, mas tão somente em persuasivo.

É certo, portanto, que nem sempre o acórdão proferido em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos formará precedente obrigatório. Em realidade, como será

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT. 2016. Pág. 873.

melhor debatido mais a frente, considerando a forma como atualmente se dá o julgamento nos tribunais muitos não formarão.

No que tange ao inciso IV — dos enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, seguimos a posição do professor Alexandre Câmara, para quem súmula é um extrato representativo da jurisprudência dominante do Tribunal⁹⁴. Tendo como base a informação de que em um sistema de precedentes vinculantes sempre o que obriga é a *ratio decidendi* estabelecida como razão de decidir, é obvio que como súmula se trata de extrato de jurisprudência dominante não é o enunciado em si que vincula mas a *ratio decidendi* estabelecida nos precedentes que deram causa à súmula.

Sabemos que as súmulas são criadas a partir de inúmeros precedentes que vem sendo reiteradamente aplicados pela corte. A súmula revela o alcance, o sentido e o significado que a corte vem dando ao direito. Visa orientar os demais órgãos do Poder Judiciário e à sociedade de modo geral como entende o direito. O enunciado representa a jurisprudência dominante da corte, mas não a razão de decidir que a levou a determinada conclusão. Esta razão de decidir se encontra nos precedentes que engendraram a súmula. Isto é, o enunciado sumular não representa a *ratio decidendi* dos precedentes que a geraram, mas indicam o entendimento da corte como extrato de jurisprudência.

Em se tratando de súmula, a *ratio decidendi* será evidenciada na análise conjunta do enunciado sumular com os precedentes que o geraram. Não por outro motivo, o Novo Código de Processo Civil determina, no seu art. 926, § 2º, que “os tribunais, ao editar enunciados de súmulas, devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação”.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. (grifo meu)

Neste diapasão e considerando que o obrigatório é a *ratio decidendi*, não é o enunciado de súmula que vincula, mas a razão de decidir que se evidencia a partir da análise das circunstâncias fáticas do precedente conjugada com o enunciado.

Ainda sobre as súmulas, é importante que os Tribunais Superiores atualizem o seu repertório de súmulas, o que, infelizmente, não vem sendo observado como determina o § 5º do art. 927, segundo o qual, “Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os

⁹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Atlas. Pág. 476.

por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”. Diversas das súmulas que constam como vigentes nos sítios dos Tribunais não mais se adequam ao ordenamento jurídico, não sendo mais utilizadas pelos próprios Tribunais. A essas súmulas parte da doutrina dá o nome de “súmulas zumbis” fazendo alusão a uma situação ficcional onde o enunciado existe, mas não tem vida, ou melhor, não possui vigor.

É óbvio que tais súmulas não possuem qualquer eficácia – nem mesmo persuasiva –, foram tacitamente revogadas por mutação interpretativa ou atualização legislativa. Por isso que, sob pena de grave prejuízo ao princípio da segurança jurídica, é premente que os Tribunais Superiores atualizem o repertório de seus enunciados, evitando, desta forma, a proliferação de recursos e reclamações com fundamento em súmulas “zumbis”.

Desta forma, sintetizando o exposto, sempre formam precedentes obrigatórios as I — decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II — os enunciados de súmula vinculante; V — a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. E poderão formar precedentes obrigatórios, nos termos já expostos acima, o disposto nos incisos III - acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos e IV - os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

Explicada a intenção do legislador de conceder eficácia vinculante ao rol do art. 927, cabe comentar sua (in) constitucionalidade.

A discussão sobre a sua inconstitucionalidade reside no fato de ser possível ou não estabelecer efeito vinculante por meio de legislação infraconstitucional, haja vista que a Constituição Federal inaugurou a eficácia vinculante nas decisões de mérito nas ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidades (art. 102, § 2º, CRFB) e das súmulas vinculantes (art. 103-A, CRFB). Repisa-se que não há óbice algum a respeito dos incisos I e II do art. 927, pois apenas repetem o teor do texto constitucional, conforme já reiteradamente exposto.

Parcela respeitável da doutrina entende que a previsão por norma infraconstitucional de eficácia vinculante de certas decisões judiciais carece de constitucionalidade, por entenderem que apenas a Constituição Federal pode prever tal eficácia.

“A eficácia vinculante do precedente previsto no art. 927, I, do Novo CPC tem previsão constitucional (art. 102, § 2º, da CF), o mesmo se verificando quanto à sumula vinculante prevista no inciso II do mesmo dispositivo legal (art. 103-A da CF). Nos demais Incisos a eficácia vinculante decorre tão somente de normas

infraconstitucionais, o que levanta importante questão a respeito de sua constitucionalidade.”⁹⁵

“Afirma-se que a vinculação obrigatória às súmulas do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, bem como aos precedentes criados no julgamento de casos repetitivos e no incidente de assunção de competência, invade seara legislativa, por outorgar ao Poder Judiciário o estabelecimento de normas, criando uma vinculação institucional a preceitos abstratos e gerais fixados pelo Poder Judiciário, ou seja, com características de lei.”⁹⁶

Sintetizando o argumento da doutrina, Marcus Vinicius Rios Gonçalves defende a inconstitucionalidade dos incisos III, IV e V do art. 927, do Novo Código de Processo Civil, cujas palavras seguem:

“O disposto no art. 927 do CPC traz certa perplexidade. Ele determina aos juízes e tribunais que observem: I — as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II — os enunciados de súmula vinculante; III — os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV — os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e V — a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O que traz essa perplexidade é que, diante da determinação peremptória do caput do art. 927, ter-se-ia que concluir que a lei criou hipóteses de precedente vinculante, que não estão previstas na Constituição Federal. Em relação aos dois primeiros incisos, a eficácia vinculante está prevista na Constituição (arts. 102, § 2º, e 103-A). Mas nos demais casos não há previsão constitucional, e, a nosso ver, não é possível a criação de novos casos por legislação ordinária. Há, inclusive, a previsão de reclamação, para a hipótese de descumprimento do art. 927, III (art. 988, IV), embora inexista previsão constitucional de que as decisões proferidas em incidente de assunção de competência e de incidente de resolução de demandas repetitivas tenham eficácia vinculante. Isso leva à inconstitucionalidade do disposto no art. 927, III, IV e V, do CPC, já que lei ordinária não pode criar novas situações de jurisprudência vinculante. E essa inconstitucionalidade pode ser reconhecida em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade.”⁹⁷

Em que pese a relevância dessa parte da doutrina, sem a qual não se pode entender plenamente a disciplina Direito Processual Civil, não ocorre a referida inconstitucionalidade, pelo menos não pelos fundamentos ali expostos.

As cortes supremas, registre-se, não possuem mais a função de cortes revisoras das decisões inferiores⁹⁸, situação ligada à tradição da civil law que perdurou durante muito tempo. A partir do neoconstitucionalismo a função da jurisdição, e sobretudo das cortes superiores e

⁹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil. Inovações, alterações e supressões comentadas. 3 ed. rev. ampl. e alt. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. Pag. 491.

⁹⁶ NERY JR., Nery, Código, p. 1836.

⁹⁷ Gonçalves, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 1065-1066.

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas cortes supremas. São Paulo: RT. 2015. Pág. 17.

supremas, sofreu uma mutação. Aquela antiga presunção de que os tribunais superiores existem apenas para corrigir decisões mal aplicadas perdeu espaço para uma visão que projeta uma função renovada da jurisdição, que visa à unidade do direito, à sua estabilidade, à proteção da confiança e à isonomia. Significa dizer, antes de mais nada, que as cortes superiores, além de dar unidade ao direito, prezam por adequada segurança jurídica, com o fito de promover a igualdade perante o judiciário⁹⁹. Diz-se, então, que as cortes supremas ao lado do poder legislativo promovem a “frutificação do direito”¹⁰⁰, isto é, a produção legislativa por si só é incapaz de gerar a paz social e a segurança jurídica entre os atores sociais, desta forma compete às cortes de precedentes - na satisfatória expressão de Marinoni - modelar o direito, dando a esse voz uníssona, embora díspar a sua formação.

Explica Luiz Guilherme Marinoni que esse direito modelado pelas cortes de precedentes para ter estabilidade impescinde dos precedentes obrigatórios, os quais se destinam a garantir a uniformidade a igualdade perante o direito proclamado pelas cortes supremas¹⁰¹.

É, logo, a partir do neoconstitucionalismo as decisões das cortes de precedentes, como fonte maior de conformação da lei ao direito, serão de observância obrigatória, quer estejam explicitamente previstas na constituição, quer sejam produto de uma interpretação conforme o texto constitucional, tendo sempre como base o estágio de evolução constitucional que vigora.

O que leva a crer que, na realidade, não é necessário imposição expressa da constituição no sentido de estabelecer que as decisões, ou melhor, a *ratio decidendi* das decisões das cortes de precedentes tenham efeito vinculante. Elas o tem porque o neoconstitucionalismo, como norte interpretativo, impele que assim o seja. Dito de outro modo, o neoconstitucionalismo impõe que as decisões emanadas pelas cortes de precedentes sejam aplicadas, sob pena de ofensa aos princípios da estabilidade, igualdade e segurança jurídica das decisões judiciais.

Se outro entendimento for adotado no sentido de que há a necessidade de previsão constitucional expressa significará dizer que a força normativa das normas constitucionais carece de iniciativa do poder constituinte reformador, o que jamais se coadunará com a interpretação conforme a constituição. Há normas constitucionais explícitas e implícitas e todas elas possuem força normativa, ainda que reduzida.

Desta forma, não padece de vício de inconstitucionalidade material o registro em lei ordinária da eficácia vinculante das *ratio decidendi* emanadas pelas cortes de precedentes. Assim, se conformam com a constituição a previsão de eficácia vinculante das *ratio decidendi*, extraídas das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, dos incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes. São Paulo: RT. 2015. Pág. 164-165.

¹⁰⁰ Ibid., p. 17.

¹⁰¹ Ibid., p. 18-19.

Superior Tribunal de Justiça, bem como o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

No que tange aos incidentes de formação concentradas de precedentes obrigatórios no âmbito das cortes de revisão, quais sejam, os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais há que se fazer alguma consideração.

Sobre a inconstitucionalidade da previsão de eficácia vinculantes desses atos decisórios, entendemos que não há óbice na constituição a que lei ordinária preveja tal eficácia, haja vista que tal previsão se coaduna com os princípios da isonomia, da proteção da confiança legítima e da segurança jurídica.

Contudo, há que se observar que quando o Novo Código de Processo Civil previu, no art. 978, que o regimento interno do tribunal indicará o órgão a que será destinado o julgamento dos incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios, acabou por conceder liberdade demasiada às cortes de revisão que a Constituição Federal não concedeu ao Supremo Tribunal Federal, corte última de precedentes.

Em tese, poderia o Tribunal de revisão indicar órgão não representativo da maioria do seu pleno e, por conseguinte, a decisão que geraria um precedente obrigatório não se conformaria com a posição da maioria qualificada do Tribunal. Imaginemos a seguinte situação hipotética. Determinado Tribunal que possui 200 desembargadores delega a sua competência a órgãos colegiados fracionários, funcionalmente distribuídos. Desta forma, por exemplo, haverá um determinado número de câmaras do consumidor, que possuem um determinado número de julgadores, a quem o regimento interno concedeu a competência funcional para tratar de questões atinentes à relação de consumo. Poderia, então, o regimento interno dispor que uma dessas câmaras ou outro órgão com composição diferente das câmaras de consumidor julgue os incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios atinente a questões consumeristas, não refletindo, portanto, a decisão da maioria do tribunal.

Assim, a fim de evitar precedentes que não se coadunem com o entendimento majoritário do tribunal, é salutar que o regimento interno preveja órgão que represente não menos que a totalidade de desembargadores componentes das câmaras que possuem competência funcional referente à questão que será julgada, e a decisão sobre a fixação do precedente que terá eficácia obrigatória deverá ser tomada por, ao menos, dois terços dos componentes desse órgão criado para julgamento dos incidentes de formação concentrada de precedentes, nos termos do art. 103-A da CRFB.

Ressalta-se, por respeito a previsão constitucional, que tais julgamentos poderão ser realizados pelo pleno - o que dificultaria a fixação de teses nos grandes tribunais por causa do grande número de julgadores - ou ao órgão especial.

Acaso os tribunais não prevejam órgão que represente de fato o entendimento da corte, conforme estabelece a Constituição Federal para as súmulas vinculantes, carecerá a norma do regimento interno – e não no art. 927, III, do Novo Código de Processo Civil – de constitucionalidade.

Por fim, o inciso V que versa sobre a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiver vinculado, vincula sim os órgãos judiciários, não por obediência jurídico-processual, mas administrativa. Em se tratando de matéria administrativa, os juízes e tribunais devem obediência ao decidido pelos seus órgãos superiores.

3.4 A razão de decidir plural nos incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios

Após falar sobre as cortes de precedentes e suas decisões vinculantes, sobre a razão de decidir, sobre os incidentes de formação concentrada de precedentes, chega-se ao objeto deste trabalho. Neste derradeiro capítulo pretende-se demonstrar como a razão de decidir plural influencia a eficácia vinculante da decisão desses precedentes.

Como já mencionado anteriormente neste trabalho, compõem o microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, nos termos do art. 927, III, do NCPC, “os acórdãos dos incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR), dos incidentes de assunção de competência e dos recursos especial e extraordinário repetitivos. Esses incidentes, de forma geral, têm dúplice função. Uma é a de gerir demandas repetitivas e outra formar precedentes vinculantes para questões idênticas.

Em tese, apenas o IRDR e os recursos especiais e extraordinários repetitivos possuem a função de gerir demandas repetitivas, isso é, apenas estes recursos visam ao julgamento de massas. O incidente de assunção de competência, de fato, não visa a solução de questões de massa, pois o que diferencia a assunção de competência da resolução de demandas repetitivas é justamente o fato de que no incidente de assunção de competência não há repetição da discussão da questão em múltiplos processos.

Consoante explica Fredie Didier Jr:

“O incidente de assunção de competência, previsto no art. 947 do CPC, é uma reformulação do incidente previsto no § 1º do art. 555 do CPC-1973. Além de ser aplicável quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergências entre câmaras ou turmas do tribunal (CPC, art. 947, § 4º), é admissível quando o julgamento do recurso, da remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante

questão de direito, com grande repercussão social, sem a repetição em múltiplos processos.¹⁰²

Portanto, o incidente de assunção de competência possui também dúplice função. Uma função de prevenir a multiplicação de relevante questão de direito em múltiplos processos e outra no sentido de formar concentradamente um precedente obrigatório.

Com efeito, os incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios possuem dúplice função. Uma, como o próprio nome diz, é a formação concentrada de precedentes obrigatórios, diz função objetiva. A outra trata do momento no qual o precedente é formado. Enquanto o incidente de assunção de competência atua preventivamente, os incidentes de resolução de demandas repetitivas e recursos especiais e extraordinários repetitivos atuam repressivamente, gerindo, por isso, questões de massa, então função subjetiva.

Este trabalho visa análise da *ratio decidendi* plural nesses incidentes, enquanto formadores de precedentes obrigatórios. Por isso, importa apenas a função de formação de precedentes obrigatórios.

Foi proposto neste trabalho que sempre o que vincula, em um sistema precedental, é a razão de decidir adotada como fundamento da maioria do colegiado para chegar à conclusão do julgado, sem a qual não se decidiria da forma como foi decidido. Insta salientar, ainda, em se tratando de uma corte de precedentes, a *ratione* utilizada pela corte vincula os demais órgãos do judiciário, não porque é um incidente de formação concentrada de precedentes obrigatório, mas por se tratar de uma decisão de uma corte de precedentes – cuja função primordial é dar unidade e sentido ao direito –, com razão de decidir suficientemente clara e adotada pela maioria.

A *ratio decidendi* plural vai ocorrer quando “uma decisão majoritária que contem em si duas *rationes* ou fundamentos determinantes, sem que qualquer deles seja amparado pela maioria do colegiado”¹⁰³. Dito de outro modo, ocorre quando a conclusão a que chega sobre determinada questão é majoritária, ou seja, recebeu a aderência da maioria do colegiado, mas a razão de decidir sobre a mesma questão não o é, porquanto não recebeu a aderência da maioria daqueles que votaram a favor da decisão. Isso porque pode-se chegar a uma mesma conclusão por fundamentos diversos.

Nos casos de manifestação de razão de decidir plural o ato da corte é imprestável como precedente vinculante, pois não repercute em frutificação do direito, a tese sequer representa a maioria do tribunal, ocasião na qual não obriga ninguém além daquelas que tiveram a sua causa afetada para julgamento, na medida em que estão circunscritas pelos limites objetivos da demanda, destinatários da coisa julgada.

¹⁰² DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podvim. 2016. Vol. 3. Pág. 655.

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamentos nas cortes supremas. São Paulo: RT. 2015. Pág. 39.

Com segurança, Sofia Oberg Temer arremata que os incidentes de formação concentrada de precedentes visam a formação de um processo objetivo, que visa a criação de uma tese que deverá ser utilizada para julgamentos futuros¹⁰⁴.

No que tange aos julgamentos dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, os quais são proferidos por cortes de precedentes, a sua vinculação, como precedente vinculante, vai depender da forma como a corte se comportou no julgamento. Acaso a corte tenha realizado um julgamento como deve ser feito, debatendo profundamente as questões, resultando em razão de decidir que receba o acolhimento da maioria do corte, haverá um precedente vinculante. Agora, caso a maioria da corte não acolha a mesma razão de decidir, obstaculizando razão de decidir adotada como fundamento da maioria, não haverá um precedente obrigatório, independentemente de ter sido instaurado incidente com esse fito.

É o que ocorre quando no julgamento incide uma razão de decidir plural. A *ratio decidendi* plural vai ocorrer quando “uma decisão majoritária que contem em si duas *rationes* ou fundamentos determinantes, sem que qualquer deles seja amparado pela maioria do colegiado”¹⁰⁵. Dito de outro modo, ocorre quando a conclusão a que chega sobre determinada questão é majoritária, ou seja, recebeu a aderência da maioria do colegiado, mas a razão de decidir sobre a mesma questão não o é, porquanto não recebeu a aderência da maioria daqueles que votaram a favor da decisão. Isso porque pode-se chegar a uma mesma conclusão por fundamentos diversos.

É sabido que os incidentes de resolução de demandas repetitivas e os de assunção de competência podem ser instaurados no âmbito das cortes de precedentes. É da natureza das cortes de precedentes o tratamento de processos objetivos, motivo pelo qual não se vislumbra óbice a atuação dessas cortes na frutificação do direito, por meio dos precedentes vinculantes. Ressalta-se, ainda, que a vinculação dos precedentes dessas cortes não se dá em virtude do incidente estritamente considerado, mas em decorrência da sua função primordial de dar unidade e sentido ao direito.

Contudo, os incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência foram pensando para as cortes de revisão. Em sendo processos objetivos, visam, conforme chamada a atenção Sofia Oberg Temer, a definição de uma tese que será aplicada a processos cujas questões debatidas sejam as mesmas.

O art. 927 do Novo Código de Processo Civil, ao dar eficácia vinculantes aos acórdãos proferidos pelas cortes de revisão nos incidentes de formação concentrada de precedentes, pretendeu emprestar a eles função das cortes de precedentes, ainda que limitada ao território

¹⁰⁴ TEMER, Sofia Oberg. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. P. 122.

¹⁰⁵ Ibid., p. 39.

dos mesmos. Nesses incidentes as cortes de revisão atuam dando unidade e sentido ao direito, mesmo que de forma mitigada.

Em sendo exercício de função de corte de precedentes, as cortes de revisão têm de respeitar todo o procedimento traçado pelo Novo Código de Processo Civil e seu Regimento Interno, bem como ter em mente que o que vincula é a razão de decidir, e não uma tese fixada, como se fosse um extrato de jurisprudência similar às súmulas.

Assim, ousamos dizer que os incidentes de formação concentradas de precedentes obrigatórios no âmbito das cortes de revisão, para formarem precedentes com força vinculante, têm de observar duas dimensões, uma formal e outra material. A dimensão formal visa a solução das causas repetitivas e para que ocorra deve respeitar todo o procedimento legal – o qual se encontra no Novo Código de Processo Civil e no Regimento Interno dos tribunais -, bem como o contraditório amplo, a ampla defesa e a exaustão dos debates. A dimensão material, por sua vez, visa a formação do precedente obrigatório, o qual, como se defendeu neste trabalho, importa a razão de decidir acolhida como fundamento da maioria da corte.

A respeito da dimensão formal há que ser observadas as regras gerais de o Novo Código de Processo Civil, bem como aquelas dispostas pelo Regimento Interno. Sobre esse tema faz um sem números de críticas que a doutrina já aponta, como a questão da representatividade dos interessados, o *amicus curiae* enquanto parte da demanda, entre outros temas, os quais, por não influírem diretamente no presente trabalho apenas faço o registro.

A dimensão material da formação do precedente obrigatório visa ao julgamento da tese que interessa, não às partes da demanda afetada, mas a comunidade jurídica como um todo. Vai influir sobre relações jurídicas que sequer existiam quando do julgamento. O tribunal, neste ponto, precisa estar muito atento às questões que são objeto de análise. O debate sobre as razões de decidir tem de ser o mais frutífero possível.

Insiste-se, o que vincula em um precedente é a razão de decidir que possui acolhimento na fundamentação da maioria do órgão julgador, que pode ser o pleno, o órgão especial ou uma câmara. Neste ponto é de suma importância que o tribunal, a todo custo, evite querer dar eficácia vinculante a decisões com *rationes* plural, uma vez que essas obstam à fixação de razão de decidir com acolhimento pela maioria, obstaculizando a formação do precedente com eficácia obrigatória.

Lembra-se que razão de decidir se forma paulatinamente e a razão de decidir plural evidencia estarmos diante de *ratione* com formação muito inicial e que, por óbvio, requer maiores discussões, bem como melhor delineamento da situação fática. Motivo pelo qual não se pode impor eficácia vinculante a extratos de jurisprudência que na sua essência não se prestam à vinculação.

Alexandre Câmara, ainda, chama a atenção para o fato de que, no Brasil, os julgamentos nos tribunais se dão por aderência à conclusão, o que não demonstra qualquer problema enquanto cortes de revisão. Mas quando visa a formação de um precedente, cuja razão de decidir é o que vincula, mostra-se problemático. O autor, sem adentrar muito no tema, sugere que é necessário que se faça também um julgamento por razão de decidir, para então saber, com maior certeza, se determinada razão de decidir foi acolhida pela maioria da corte, e, portanto, de eficácia vinculante¹⁰⁶.

Com efeito, a dimensão material do incidente de formação concentrada de precedente obrigatório será atendida se, e somente se, a razão de decidir tiver sido acolhida pela maioria do tribunal, caso no qual estará formado o precedente obrigatório. Acaso isso não ocorra e se apresente uma razão de decidir plural, não há formação de precedente vinculante material e, portanto, a questão não é vinculante.

O fato de não haver se formado um precedente vinculante não pode ser visto como um problema, mas na realidade um aviso. Há questões que ainda não estão suficientemente debatidas pela jurisprudência, academia e advogados. É, à toda evidência, um sinal de que a questão demanda aprofundamento de estudos. A *ratio* em questão está se formando ainda, não se deve dar eficácia vinculante, sob pena de obstar a evidenciação natural que provém da formação paulatina da *ratio decidendi*.

¹⁰⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Atlas. Pág. 476.

CONCLUSÃO

Após abordar o precedente vinculante das decisões das cortes de precedentes, demonstrando que não há motivo forte o suficiente para que se admita a intensificação da insegurança jurídica, com clara ofensa ao princípio da isonomia e da confiança legítima, passando pela razão de decidir, que é o que, à toda evidência, vincula em um precedente; as questões mais importantes sobre o instituto da razão de decidir e a razão de decidir plural como causa obstativa do precedente vinculante; bem como sobre a natureza dúplice dos incidentes de formação de concentrada de precedentes obrigatórios e a razão de decidir como norma vinculante desses incidentes, e também da razão de decidir plural como causa impeditiva da formação do precedente vinculante, finalmente chegou o momento de afirmar que os incidentes de formação concentrada de precedentes vinculantes trabalham em prol da segurança jurídica, mas apenas quando, em sua formação, é observada que o vinculante é a razão de decidir, e sendo plural não vinculará.

Nesse diapasão, é salutar observar que quando se fala de precedente, estamos falando de doutrina do “common law” e, assim, remete-nos aos estudos das *rationes* do precedente. Sendo muito importante a ideia de *stare decisis* vertical e, ainda, horizontal. Bem como os estudos recentes sobre *ratio decidendi* plural.

Lembre-se, a vinculação das decisões decorre da natureza das cortes de precedentes que, bem vistas as coisas, prestam-se a dar sentido e unidade ao direito, como sabiamente ensinou Marinoni em diversos trabalhos, já referenciados durante o texto.

E, ainda, apenas haverá unidade e sentido ao direito nas decisões das cortes de precedentes que possuírem razão de decidir acolhida como fundamento da maioria da corte, devendo ser afastada a eficácia vinculativa da decisão quando por vários fundamentos (várias razões, portanto) se chega a mesma conclusão, mas sem que nenhuma dessas razões de decidir tenham sido acolhidas pelo fundamento da maioria. Em outras palavras, sendo a razão de decidir plural, não haverá frutificação do direito, tão pouco atuará a corte dando forma e sentido ao direito.

Nesse passo, contrariamente ao que entende o professor Marinoni, há repercussão da *ratio decidendi* plural nas cortes de revisão, haja vista que nelas também se formará precedentes obrigatórios, não em virtude da sua finalidade, mas em decorrência de permissivo legal, os incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios.

Nesses incidentes, os quais podem ocorrer no âmbito das cortes de revisão, é exercício da corte de precedentes, onde se vislumbra a frutificação do direito e a concessão de sentido ao mesmo.

Com efeito, esses incidentes são meios eficazes à solução de demandas repetitivas, na medida em que serão utilizados como precedentes obstativos à perpetuação da lide, já que nos juízos de admissibilidade definitivo contra eventuais recursos em face de sentenças que devidamente aplicaram o precedente, poderá o relator denegar seguimento ao recurso.

Ademais, os incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios, enquanto processo objetivo, são passo necessário para efetivação da jurisdição na sua função primordial de pacificar os conflitos sociais, ao mesmo tempo em que garante a isonomia e assegura que legítimas confianças serão resguardadas.

Sem olvidar o bom potencial que esses incidentes possuem, há que se levar em conta que os atuais magistrados não se formaram num ordenamento acostumado com precedentes, ao contrário, muitos ainda se prendem à letra da lei, o que pode causar algum desconforto.

Outro ponto de acentuada crítica é que muitos juízes confundem o princípio do livre convencimento motivado com arbitrariedade. Em nada ofende o livre convencimento motivado o fato de que existem precedentes que devem necessariamente ser seguidos quando há convergência de fatos e direito do caso concreto com o do precedente. Isso porque o precedente, enquanto instrumento que visa a unidade e sentido ao direito, compõe o ordenamento jurídico. E ao magistrado não mais se exige o julgamento conforme a lei, mas em consonância com o ordenamento jurídico, observando a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, nos termos do art. 8º do Novo Código de Processo Civil.

Ainda, no que tange à formação do precedente, como bem lembra o professor Alexandre de Freitas Câmara, no Brasil, os acórdãos são confeccionados tendo como base a adesão à conclusão, o que seguramente obsta a que transpareça a razão de decidir que foi utilizada no julgamento. Na prática, não há como se saber, salvo raríssimos casos, qual a razão de decidir acolhida como fundamento da maioria ou, mais grave, se a razão de decidir é plural.

Nessa esteira, há que se fazer uma completa reformulação dos institutos jurídicos a fim de que se assegure a eficiência desses precedentes vinculantes. Do contrário, o que se estará fazendo é aplicar a coisa julgada a sujeitos que não participaram daquela relação jurídica que formou o precedente, com clara ofensa aos limites subjetivos do processo.

Feitos essas ressalvas, é com bons olhos que devem ser vistos os precedentes obrigatórios, mesmo nos incidentes de formação concentrada de precedentes vinculantes, pois vão ao encontro dos princípios basilares do Estado democrático de direito, resguardando a boa-fé que há muito não se privilegia.

Referências bibliográficas

DE BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA. **Teoria do Precedente Judicial**. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Atlas.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da ; NOVELINO, Marcelo . **Constituição federal: para concursos**. 7. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **A fazenda pública em juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 879 p.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18ª . ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v. 1.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podvim, 2016. v. 2.

DIDIER JR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: Jus Podvim, 2016. v. 3.

DONIZETTI , Elpídio. **Novo curso de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FARNSWORTH, Edward Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Antonio Carlos Diniz de Andrada (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 1963.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LARENZ, Karl . **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.

_____. **Novo curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

_____. **Novo curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3.

_____. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **A ética dos precedentes**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Julgamento nas cortes supremas**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **O STJ enquanto corte de precedente**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira ; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet . **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 142 p.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil. Inovações, alterações e supressões comentadas**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

_____. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1 ed. . Salvador: Jus Podvim. 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 11. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. **Novo código de processo civil : comparado e anotado**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2016.

TEMER, Sofia Oberg. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente como fonte do direito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Artigos de jornais ou revistas

ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil.. **revista de processo**, São Paulo, n. 191, p. 299-318, set. 2011.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 196, p. 245-258, jun. 2011.

JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 838, p. 189-197, ago. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: A ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão.. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 918, p. 353-381, jun. 2012.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código civil.. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 211, p. 197-217, set. 2012.

OARES, Marco José Porto. Do incidente de assunção de competência, disponível em: https://www.academia.edu/28789900/Do_Incidente_de_Assunção_de_Competência, p. 6-7.

ROSSI, Julio Cesar. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 208, p. 204-29, jun. 2012.

VIAFORE, Daniele. As semelhanças e as diferenças entre o procedimento-modelo musterverfahren incidente de resolução de demandas repetitivas no PL 8.046/2010. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 217, p. 10-18, mar. 2013.